أسباب فساد العقد بين الفقه الحنفي والقانون المدني الاردني

د. محمد يوسف الزعبي ★
جامعة مؤتة

Abstract

Hanafi doctrain invented the "Fassed" contract, and made it a medium stage between the "Valid" and the "Null" contracts, and they mentioned several reasons - if one of them present in some transaction "contract" it leads it to be "Fassed".

The Jordanian legislator adopted the "Fassed" contract from the "Hanafi" doctrain and grouped the reasons which leads to the "Fassad" of the contract into three parts. Reasons doesn't affect the contract and it remains valid, reasons affect it and makes it some times "null", other times "suspended" i.e. the Jordanian legislator did not consider any of the reaons that "Al-Ahnaf" had mentioned as reasons of the "Fassad" of the contract, and he did not took except one application for the "Fassad" contract in Article 506/1 of the civil code, which relates the "Fassad" of the sale contract in the case when the seller stated that he did not guarantee the price when the purchase is due. We suggest that this clause should be "null" not "Fassed" so the clause will be "null" and the contract remains "valid".

Accordingly the legislator should abandon the "fassed" contract stated in Article 170 of the civil code as a sort of contracts.

ملخص

اوجد الفقه الحنفي العقد الفاسد وجعله مرحلة وسطي بين العقد الصحيح والباطل، وذكر عدة اسباب اذا وجد واحد منها في بعض التصرفات ادى الى فسادها.

وقد أخذ المشرع الأردني بالعقد الفاسد عن الاحناف، أما الأسباب التي تؤدي الى فساد العقد عندهم فقد قسمها القانون المدني الى أنواع ثلاثة: أسباباً لا تؤثر في العقد فيبقى صحيحاً، وأسباباً تؤثر فيه فتجعله تارة باطلا وتارة موقوفا، أي أن المشرع الاردني لم يأخذ بأي سبب من أسباب فساد العقد التي قال بها الاحناف سبباً للفساد عنده، كما أنه لم يأخذ الا بتطبيق واحد للعقد الفاسد وهو نص المادة ٥٠٦/١ الذي يتعلق بفساد البيع الذي يشترط فيه البائع عدم ضمانه للثمن عند استحقاق المبيع، ورأينا أن هذا الشرط يجب أن يكون باطلا لا فاسدا، فيبطل الشرط و يصح العقد.

وعليه فانه يمكن للمشرع الاردني ان يستغني عن العقد الفاسد المنصوص عليه في المادة ١٧٠ من القانون المدني كنوع من انواع العقود.

★ أستاذ مساعد، دائرة العلوم القانونية، دكتوراه قانون مدني، جامعة القاهرة، عام ١٩٨٣.

تمهيد وتقديم للبحث

قبل أن ادخل في صلب موضوع هذا البحث سأتطرق الى ما يمكن أن يعترض صحة العقود من أسباب تؤدي الى تقرير بطلانها أو انعدامها والفارق بين الانعدام والبطلان، ثم سأعرض نبذة عن نظرية البطلان بشكل عام في الفقه الاسلامي وما يقابلها في الفقه المدني الغربي ودرجات هذا البطلان، ثم تعريف لهذه الدرجات والنتائج المترتبة على كل درجة، ثم سأدخل من خلال ذلك الى اضطرار الفقه الحنفي للقول بنظرية الفساد باعتبارها درجة من درجات البطلان بين البطلان المطلق والصحة في العقود، ثم سأقوم بالاشارة الى العقد الموقوف في الفقه الاسلامي ومقارنته بالبطلان النسبي في الفقه الغربي، ليقف القارىء على الصورة التي حملت فقهاء الحنفية لاختراع نظرية العقد الفاسد.

أما ما يتعرض صحة العقود من أسباب تؤدي الى بطلانها أو انعدامها فلا بد قبل الخوض فيه أن أبين أن أركان العقد في الفقه الغربي ثلاثة هي :ـــ التراضي والمحل والسبب.

فالتراضي يشترط لوجوده أن يكون صادرا عن شخص ذي أهلية، وأن يكون هناك تطابق تام بين الايجاب والقبول، واذا وجد التراضي فيشترط لصحته أن يكون صادرا عن ذي أهلية، وأن يكون غير معيب، فان صدر عن ناقص الاهلية، أو كان معيبا بغلط أو اكراه، أو تدليس، فذلك لا يمنع وجود التراضي ولكنه يكون غير صحيح.

والمحل يشترط فيه أن يكون ممكنا، ومعينا أو قابلا للتعيين، ومشروعا غير مخالف للنظام العام أو الآداب.

وأما السبب فيشترط فيه أن يكون موجودا وصحيحا غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

فاذا استجمع العقد هذه الأركان كان صحيحا، لكن قد يتعرض العقد سبب من الأسباب تجعله باطلا، فهناك من البطلان ما يجعل العقد منعدما، والعقد المنعدم هو ما انعدم فيه ركن من الاركان الثلاثة التي لابد من قيامها حتى يتكون العقد، التراضي أو

ArabLawInfo (www.arablawinfo.com)
Tel: 00962 (6) 55 20 783 - Fax: 00962 (6) 55 20 784 - P.O.Box: 8734 Amman 11121 Jordan
Um-Othayna/6th Circle- King Faisal Street - Building No. (38)



المحل أو السبب ، فعقد الهازل منعدم والعقد الصوري كذلك ، لانعدام التراضي ، والتعاقد على محل غير موجود منعدم لانعدام المحل ، والتعاقد لسبب لا وجود له منعدم لانعدام السبب . والنتيجة أن العقد منعدم .

وهناك بطلان يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ، كالعقد الذي وجدت فيه الاركان الثلاثة ، ولكن اختل فيه شرط من شروط هذه الاركان غير شروط صحة التراضي ، فاذا اختل شرط من شروط وجود التراضي ، بأن صدر العقد عن غير مميز ، أو مجنون ، أو لم يكن هناك تطابق بين الايجاب والقبول فالنتيجة أن العقد باطل بطلانا مطلقا .

واذا اختل شرط من شروط المحل ، بأن كان المحل غير ممكن أو كان غير معين وغير قابل للتعيين ، أو كان غير قابل للتعامل فيه ، فالنتيجة أن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا .

واذا اختل شرط السبب بأن كان العقد قائماً على سبب غير مشروع أو سبب غير صحيح فالنتيجة ان العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا .

وهناك بطلان يجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا ، كالعقد الذي يختل فيه شرط من شروط صحة التراضي ، فاذا صدر العقد من ناقص الأهلية ، كان العقد باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة ناقص الأهلية ، واذا شاب رضاء أحد العاقدين عيب كالغلط أو الاكراه أو التدليس فالنتيجة أن العقد يصبح باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة من عيبت ارادته [1] .

والفارق بين البطلان والانعدام ، ان العقد المنعدم هو ما انعدم فيه ركن من الاركان الثلاثة التي لابد لقيامها حتى يتكون العقد (التراضي والمحل والسبب) ، أما العقد الباطل بطلانا مطلقا هو ما قامت فيه الاركان الثلاثة ، ولكن اختل فيه شرط من شروط هذه الاركان غير شروط صحة التراضي [2] .

اما عن نظرية البطلان في الفقه الاسلامي فهي أوسع نطاقا منها في الفقه الغربي فهي تمتد لتشمل الغاء العقد وعدم سريانه في حق الغير وفسخه وانفساخه ، بل يدخل فيها الى

---

(١) انظر في ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، منشورات محمد الدايه ، بيروت ــ لبنان ١٩٥٤ ، ج ٤ ، ص ٨٤ ، ٨٥ وسيشار له فيما بعد هكذا : السنهوري ، مصادر الحق .

(٢) أما العقد الباطل بطلانا نسبيا هو ما اختل فيه شرط من شروط صحة التراضي .

مدى محدود كل من الشرط الفاسخ والشرط الواقف (٣).

والعقد في الفقه الاسلامي من حيث الصحة والبطلان أكثر تدرجا منه في الفقه الغربي فهو يتدرج من البطلان الى الفساد ومن الفساد الى التوقف، ومن التوقف الى النفاذ، ومن النفاذ الى اللزوم. فللعقد في الفقه الاسلامي اقسام خمسة هي: العقد الباطل، والعقد الفاسد، والعقد الموقوف والعقد النافذ، والعقد اللازم. وكل من العقد الباطل والفاسد غير صحيح وكل من العقد الموقوف والنافذ واللازم صحيح.

والبطلان يمكن رده في الفقه الاسلامي الى سبب واحد هو مخالفة التصرف لنظامه الشرعي في ناحية جوهرية، ويقال في تعريف العقد الباطل: هو العقد الذي ليس مشروعا باصله ولا بوصفه ويقصد بذلك انه قد وقع مخالفا لناحية جوهرية من النظام الشرعي فيه (٤). فاذا توافر للعقد عناصر سبعة هي تطابق الايجاب والقبول واتحاد مجلس العقد وتعدد العاقد والعقل والتمييز ومحل مقدور التسليم ومحل معين أو قابل للتعيين ومحل صالح للتعامل فيه شرعا، فان العقد يكون قد اجتمع له ركنه وهو الايجاب والقبول مستوفيا لشرائطه وهي العناصر الستة الاخرى، اما اذا تخلف عنصر منها فان العقد لا ينعقد، ويكون عقدا باطلا لا وجود له (٥).

واما الفساد فهو اختلال في العقد في ناحية فرعية متممة ويقال في تعريفه بأنه العقد المشروع بأصله دون وصفه، فالعناصر السبعة التي تقدم ذكرها وهي مطلوبة لانعقاد العقد لا تكفي لصحته بل يجب أن يضاف اليها أوصاف معينة وجودها ضروري لصحة العقد، فاذا تخلف وصف منها، اعتبر العقد منعقدا بالرغم من ذلك لاشتماله على الركن وشرائطه

---

(٣) السنهوري، مصادر الحق، ج ٤، ص ١٢٤.

(٤) الاستاذ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، مطبعة طربين، دمشق ط ١٠، ١٩٦٨، ص ٦٤٩، ٦٥٠ وسيشار له فيما بعد هكذا: زرقا، مدخل. ونفس المعنى الدكتور بدران أبو العينين بدران، الشريعة الاسلامية ونظرية الملكية والعقود، الناشر مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية، بدون تاريخ، ص ٤٨٦ وسيشار له فيما بعد هكذا: بدران، نظرية العقود. وفي نفس المعنى، الامام محمد أبو زهره، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، الناشر دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٣٧٠. وسيشار له فيما بعد هكذا: أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد.

(٥) السنهوري، مصادر الحق، ج ٤، ص ١٢٦، والدكتور عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة) دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع، الكويت، ط ١، ١٩٧٥، ص ٣١٦ــ٣١٨ وسيشار له فيما بعد هكذا: الصراف، عقد البيع. والدكتور عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة، ١٩٧٥، ص ٢٤٥، وسيشار له فيما بعد هكذا: العطار، نظرية الالتزام.

اي لتوافره على أصله ، ولكنه ينعقد فاسدا لخلل في وصفه ، والاسباب التي تجعل العقد فاسدا بالرغم من انعقاده متعددة وكثيرة موجودة في كتب الفقه الحنفي ، وهي أوصاف تلحق أركان أو شروط العقد ، بحيث اذا لحقته أصبح العقد فاسدا ، وهذه الأسباب قد تلحق الرضاء أو محل العقد.

ومن هذه الاسباب الجهالة الفاحشة التي تلحق محل العقد سواء جهالة المبيع أو الثمن أو التأمينات العينية أو الشخصية أو جهالة أجل المبيع ، ومنها الغرر الذي يلحق محل التعاقد أيضا وليس أصل المعقود عليه ، ومنها الاكراه الذي يؤثر على ارادة أحد العاقدين.

ومن هذه الاسباب اقتران العقد بشرط فاسد ، ومنها تضمن العقد لبيعتين في بيعة أو بيع وسلف أو صفقتين في صفقة ، ومنها وجود شرط الخيار في العقد بما يخالف ثلاثة الايام ، ومنها اشتراط البراءة من العيب ، ومنها أن يكون أحد العوضين أو كلاهما محرما ، ومنها اشتراط صفات في المبيع يتلهى بها عادة.

ووراء هذا الابداع الحنفي في الصناعة الفقهية فكرة جوهرية هي : اخراج مجموعة من الاسباب الشائعة في التعامل من أن تجعل العقد باطلا ، لتجعله فاسدا ليس غير، وذلك بتمييز العقد الصحيح بمشروعية الاصل والوصف ، والباطل بعدم مشروعية الاصل والوصف ، والفاسد بمشروعية الاصل دون الوصف. وقالوا أن المقصود بالاصل أركان وشروط العقد وان المقصود بالوصف ، أمر ملازم للاصل ، فان اقترن الاصل بوصف ملازم منهي عنه وكان الاصل مشروعا انعقد العقد لان الاركان والشروط سليمة وغير منهي عنها ، لكن النهي يلحق بالوصف ، وعلى الرغم من انعقاد العقد لسلامة الاركان والشروط الا أن هذا العقد يمكن فسخه طالما ظل وصفه غير مشروع ، فاذا زال الوصف غير المشروع عنه ، زال عنه الخلل ، و ينقلب صحيحا.

ونظرية الفساد انقذت الكثير من العقود من مجال البطلان الى مجال آخر أوجده فقهاء الحنفية هو الفساد لأن أسباب الفساد كانت شائعة وتتضمنها معظم العقود ، فلو جعلنا أثر وجود هذه الأسباب البطلان لأدى ذلك الى أن معظم العقود تكون باطلة ، والباطل لا يقبل الاجازة ولا يرتب أثرا لكن العقد الفاسد اذا زال سبب فساده صح العقد ، بينما العقد الباطل اذا زال سبب بطلانه فلا ينقلب صحيحا.

ArabLawInfo (www.arablawinfo.com)
Tel: 00962 (6) 55 20 783 - Fax: 00962 (6) 55 20 784 - P.O.Box: 8734 Amman 11121 Jordan
Um-Othayna/6th Circle- King Faisal Street - Building No. (38)



وايجاد مرتبة العقد الفاسد المتميزة عن مرتبة العقد الباطل يعتبر بحد ذاته كسبا كبيرا في مجال الصناعة الفقهية القانونية ، لانه على الرغم من أن العقد الفاسد ليس عقدا صحيحا ، ولا ينتج أثر قبل القبض ، ولا تلحقه الاجازة ويجوز لكل من العاقدين أن يفسخه ولا ينتقل فيه الملك الا بالقبض ، الا أنه منعقد وله وجود شرعي فهو عقد قائم ولكن يجوز فسخه من كل من العاقدين ، على أن الفسخ دليل على أن العقد له وجود شرعي ، ولولا هذا الوجود لم تكن حاجة الى الفسخ . واذا كان العقد الفاسد قائما ومنعقدا الا أنه عقد في أدنى مراتبه من القوة والنفاذ ، اذ هو عقد قابل للفسخ من كل من العاقدين ، حتى لو تم فيه القبض . ويملك كل من العاقدين أن يستقل بالفسخ دون رضا الطرف الآخر(٦) . بل ولا يحتاج الفسخ الى حكم قضائي . و يكون الفسخ بأي قول أو فعل يدل عليه . ولا يجوز لأي من العاقدين النزول عن حق الفسخ ، لأن العقد الفاسد لا ترد عليه الاجازة (٧) ، فاذا اسقط عاقد حقه في الفسخ أو اجاز العقد صراحة أو ضمنا ، فانه يستطيع بالرغم من ذلك ان يفسخ العقد ، ولا يعتد لا باسقاطه حقه في الفسخ ولا باجازته للعقد ، واذا مات أحد العاقدين ، جاز لورثته استعمال حق الفسخ مكانه (٨) .

واذا كان الفساد في صلب العقد ــ أي يرجع الى البدل كالبيع بالخمر والخنزير ــ كان لكل من العاقدين فسخ العقد قبل القبض وبعده ، اما اذا كان الفساد ــ لم يتمكن من صلب العقد ، أي يرجع الى غير البدل ــ لشرط فاسد ، فقبل القبض يكون لكل من العاقدين فسخه الا اذا زال المفسد بتراضيهما ، وبعد القبض يستقل بالفسخ من له منفعة في الشرط (٩) .

---

(٦) بأخذ القانون المدني الاردني بهذه الحلول فيقرر في المادة ٤/١٧١ حق كل من المتعاقدين أو ورثتهما فسخ العقد الفاسد بشرط اعذار الطرف الآخر.

(٧) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مطبعة الامام القاهرة ، الناشر زكريا علي يوسف ، بدون تاريخ ، بدون اجزاء ، ص ٣٠٩٤. وسيشار له فيما بعد بدون رقم جزء لعدم وجوده هكذا : الكاساني ، البدائع .

(٨) انظر في كل ذلك السنهوري ، مصادر الحق ، جـ ٤ ، ص ١٥٦ ــ ١٥٨ . والصراف ، عقد البيع ، ص ٣٣٦ ــ ص ٣٣ . والدكتور محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، الكويت ١٩٧٤ ، ص ١٥٤ ــ ١٥٥ . وسيشار له فيما بعد هكذا : زكي ، عقد البيع .

(٩) السنهوري ، مصادر الحق ، جـ ٤ ، ص ١٦١ .

على أن العقد الفاسد لا يثبت فيه الملك الا بالقبض (١٠). وقد أخذ بذلك القانون المدني الاردني حيث تنص المادة ٢/١٧٠ على أنه «ولا يفيد الملك في المعقود عليه الا بقبضه». ولكنه ملك من نوع خاص، فهو ليس ملكا مطلقا كالملك الذي يفيده العقد الصحيح، بل هو ملك يستحق الفسخ (١١)، وكما أن العقد الفاسد لا تثبت فيه الملكية الا بالقبض، فإن قبضه المشترى وهلك عنده فعليه مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الأمثال. أي أن الفاسد يفيد الملك بالقيمة لا بالثمن، فالتعويض عنه يكون بقيمته وليس بالثمن المسمى (١٢).

واذا تصرف المشتري في المبيع المقبوض بعقد فاسد، كأن يبيعه أو يهبه أو يتصدق به بطل حق الفسخ، وانتقل الملك للمشتري الثاني أو للموهوب له أو للمتصدق عليه، ولا يستطيع البائع ان يسترد المبيع من أي واحد منهم، كما كان يمكنه ذلك من المشتري الاول، ولكنه لا يرجع على المشتري الاول بالثمن المسمى، ولكن بقيمة الشيء، سواء أكان أكثر من الثمن المسمى أم أقل. و يعلل الفقهاء نفاذ تصرف المشتري للغير في حق البائع بأن المشتري قد انتقل اليه بالعقد الفاسد ملكية تفيد التصرف في المملوك دون الانتفاع بعينه، ولا يجوز نقض تصرف المشتري لأنه حصل على تسليط منه (١٣).

و يد المشتري على المبيع في العقد الفاسد يد ضمان لايد الامانة، و يكون ضامنا للتغيير

---

(١٠) شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ــ لبنان، ط ٣ بدون تاريخ، جـ١٣، ص ٢٢، ٢٣. وسيشار له فيما بعد هكذا: السرخسي، المبسوط. وكمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، جـ٦ بدون تاريخ، ص ٤٠٤، ٤٦٢. وسيشار له فيما بعد هكذا: ابن الهمام، فتح القدير. ومحمد بن فراموز الشهير بمنلاخسرو، الدرر الحكام في شرح غرر الاحكام، مطبعة أحمد كامل ١٣٣٠ هـ، جـ٢، ص ١٦٨. وسيشار له فيما بعد هكذا: خسرو، الدرر الحكام. و برهان الدين الرشداني الميرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، الناشر المكتبة الاسلامية، بدون تاريخ جـ٣، ص ٤٢، وسيشار له فيما بعد هكذا: الميرغيناني، الهداية. ومحمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط ٢، ١٩٦٦، جـ٥، ص ٤٩. وسيشار له فيما بعد هكذا: ابن عابدين، الحاشية. وهذا هو نص القانون المدني الاردني مادة ٢/١٧٠.

(١١) السنهوري، مصادر الحق، جـ٤، ص ١٦١. والصراف، عقد البيع، ص ٣٤٠. والدكتور صلاح الدين الناهي، مصادر الحقوق الشخصية، مطبعة البيت العربي، عمان ــ الاردن ١٩٨٤، ص ١٦٩، وسيشار له فيما بعد هكذا: الناهي، مصادر. والدكتور يوسف قاسم، مبادىء الفقه الاسلامي، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة ط ٣، ١٩٨٣، ص ٣٨٤، وسيشار له فيما بعد هكذا: قاسم، مبادىء الفقه الاسلامي.

(١٢) الكاساني، البدائع، ص ٣٠٧٤، والميرغيناني، الهداية جـ٣، ص ٤٢، والسرخسي، المبسوط، جـ١٣، ص ٧.

(١٣) السنهوري، مصادر الحق، جـ٤، ص ١٦٣. وزكي، عقد البيع، ص ١٦١، والناهي، مصادر، ص ١٦٩.



والهلاك والنقص والزيادة بسبب اقتران القبض بالبيع الفاسد. فاذا تغير المبيع بالزيادة، فانها لا تمنع الفسخ وللبائع أن يسترد الاصل والزيادة. واذا تغير المبيع بالنقص، فان كان النقص بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو المشتري، فانه لا يمنع الاسترداد، وللبائع أن يأخذ المبيع والتعويض عن النقصان، لأن المبيع بيعا فاسدا يضمن بالقبض، والقبض ورد عليه بجميع أجزائه وأوصافه، فصار مضمونا في جميع الاجزاء والاوصاف. وكالنقصان الهلاك الكلي فلو هلك المبيع في يد المشتري كان الهلاك عليه، وضمن للبائع القيمة أو المثل. و يضمن المشتري قيمة المبيع وقت القبض، لأنه انما دخل في ضمانه بالقبض. واذا تغير المبيع كما لو كان قمحا فأصبح دقيقا أو قماشاً فأصبح قميصا، بطل حق الفسخ وتقررت عليه قيمته يوم القبض (١٤).

والعقد الفاسد تترتب عليه بعض الآثار بعد القبض، فاذا كان بيعا وقبض المشتري المبيع قبضا صحيحا باذن البائع، انتقلت اليه ملكية تفيد التصرف دون الانتفاع بعين المملوك (١٥)، فهذه الملكية لا يظهر أثرها الا عندما يتصرف المشتري في المبيع للغير وعندما يتغير المبيع. فالعقد الفاسد، الاصل فيه أنه لا ينتج أثرا، لكنه مع ذلك ينتج أثراً لا بوصفه تصرفا قانونيا بل بوصفه واقعة مادية، وهذه الآثار هي:

١ ـــ انتقال الضمان للمشتري، فاذا هلك المبيع في يده فانه يضمن القيمة أو المثل لأن يده يد ضمان وليس يد الامانة.

٢ ـــ تولي المشرع ترتيب أثر على العقد الفاسد لمصلحة قصد الى تحقيقها، وهذه المصلحة هي حماية للغير الذي يتصرف له المشتري. فحتى يكفل المشرع حماية الغير من أن يسترد البائع المبيع من تحت يده باستعماله حق الفسخ، فتصور ملكية تنتقل الى المشتري بالبيع الفاسد لا لغرض أن ينتفع المشتري بعين المملوك بل ليصحح التصرف الذي يصدر من المشتري الى الغير، فيمنع البائع من حق الفسخ، ويجعل الغير الذي تصرف له المشتري تنتقل اليه ملكية صحيحة بفضل هذه الملكية، فالمشتري اذا تصرف الى

---

(١٤) السنهوري، مصادر الحق، جـ٤، ص١٦٦ ــ ١٦٨ بتصرف. والصراف، عقد البيع، ص٣٤٣ ــ ٣٤٦ بتصرف. وزكي، عقد البيع، ص١٥٨ ــ ١٦١ بتصرف.

(١٥) الحكم الموجود في المتن صحيح ديانة، حيث يعتبر العقد الفاسد معصية دينية، أما في حكم القضاء، فانْ القاضي لا يتدخل في جواز الانتفاع وعدمه الذي يكون من مهمة المفتي، وانما يفسخ القاضي العقد الفاسد فسخا فقط.

الغير اعتبر مالكا لكي يستطيع أن يملك الغير(١٦).

٣ ـ والاثر الثالث الذي يترتب على العقد الفاسد ، اثر رتبه المشرع لمصلحة قصد الى تحقيقها. وهذه المصلحة هي مصلحة المشتري نفسه ، فقد حماه اذا غير المبيع فأخرجه عن حالته الاولى بأن كان قماشا فأصبح قميصا ومنع البائع من حق الفسخ ، ففي هذه الحالة تثبت ملكية المشتري وتستقر بعد أن كانت مهددة بالزوال ، وتصبح ملكية تامة ، وتنتقل الملكية الى المشتري لا بالثمن المسمى بل بالقيمة أو المثل ولو كانت تزيد أو تنقص عن الثمن المسمى (١٧).

ولم يرتب القانون المدني الاردني أثراً على العقد الفاسد الا في نطاق ما تقرره أحكام القانون (١٨). بمعنى أن الاصل في العقد الفاسد أن لا يرتب أثراً ، لكنه قد يرتب أثراً ، في نطاق محدود نص عليه القانون ، فالمادة ٢٧٥ من القانون المدني الاردني تنص على أنه «من أتلف مال غيره أو أفسده ، ضمن مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وذلك مع مراعاة الاحكام العامة للتضمين». فالضمان هنا يكون على المشتري ، ذلك ان العقد الفاسد اذا اقترن بالقبض باذن البائع ، تصبح يده يد ضمان لا يد الامانة فاذا هلك المبيع في يده ضمن قيمته أو مثله ، فمثل هذا الاثر ترتب بموجب نص المادة المذكورة ، فهو أثر رتبته قواعد القانون ، فهو لا يرتب هذا الاثر، الا من خلال ما سمحت به المادة ٣/١٧٠ من القانون المدني الاردني.

والتوقف هو وقف آثار العقد ، فالعقد الموقوف عقد استجمع ركنه وشروطه ووصفه فهو عقد صحيح ولكن أثاره متوقفة ، فحتى تسري أثاره يجب أن يكون للعاقد الولاية على محل العقد والولاية على نوع العقد ، فاذا تخلفت أي من الولايتين فالعقد يكون موقوفا غير نافذ.

والولاية على محل العقد يكون بأن يثبت للعاقد حق الملك في هذا المحل أو النيابة عن المالك وألا يتعلق بالمحل حق للغير، فالفضولي ليست له ولاية على محل العقد ، فالتصرف الذي يصدر منه موقوفا على اجازة من له الولاية على المحل.

(١٦) السنهوري ، مصادر الحق ، جـ ٤ ، ص ١٧١ ، نقلا عن الدكتور شفيق شحاته ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ، رسالة من جامعة القاهرة ، ١٩٣٦ فقرة ١٧٠ ، ١٧٢.

(١٧) السنهوري ، مصادر الحق ، جـ ٤ ، ص ١٧٢ ، والصراف ، عقد البيع ، ص ٣٤٢.

(١٨) المادة ٣/١٧٠ من القانون المدني الاردني.



والولاية على التصرف تكون باستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذي يباشره ، ومن التصرفات ما يكفي فيه مجرد التمييز ومنها مالا يكفي فيه بل يجب بلوغ سن الرشد، فالولاية على التصرف هي الأهلية للتصرف .

فالعقد الموقوف هو العقد الذي انعقد صحيحاً لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه ، ولكن ينقصه احد عنصري النفاذ : الملك أو الأهلية (١٩) .

والنفاذ يكون في العقد الذي اجتمعت له عناصر الانعقاد : الصحة والنفاذ ، فصدر العقد من أهله في محل قابل لحكمه ، وكان العاقد له الولاية على محل العقد والأهلية الواجبة للتصرف الذي يباشره ، فقد انعقد العقد صحيحا نافذا ، فانتج الا ثار التي تترتب عليه .

والأصل ان العقد الذي ينعقد صحيحا نافذا لا يجوز لاحد العاقدين أن يرجع فيه بارادته المنفردة ، لكن هناك عقود تقبل بطبيعتها الرجوع عنها من قبل أحد العاقدين دون توقف على ارادة الآخر كالوديعة والوكالة ، وهناك عقود يكون فيها لأحد العاقدين خيار الرجوع كأن يتضمن العقد خيار الشرط .

فاذا كان العقد قابلا لأن يرجع أحد العاقدين بارادته المنفردة دون توقف على رضاء الآخر، اما لأن طبيعته كذلك واما لأن فيه خيارا من الخيارات التي تشوب لزوم العقد ، فهذا عقد نافذ غير لازم .

اما اذا استوفى العقد شرائط اللزوم أيضا ، بأن كانت طبيعته تستعصي على الفسخ بالارادة المنفردة وكان خاليا من أي خيار فقد انعقد صحيحا نافذا لازما .

اما عن البطلان في الفقه الغربي ، فتقسم النظرية التقليدية البطلان الى مراتب ثلاث كما أوردناه سابقا ، فهناك بطلان يجعل العقد منعدما ، و بطلان يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ، و بطلان يجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا ، وقد سبق تعريف كل مرتبة من مراتب البطلان هذه . اما النتائج المترتبة على كل مرتبة من هذه المراتب ، فلا فرق في النتائج بين العقد المنعدم والباطل ، فالعقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود قانوني ، فهو في الانعدام يتساوى مع العقد المنعدم ، ولا يمكن أن يقال أن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل

(١٩) انظر في كل ذلك ، السنهوري ، مصادر الحق ، جـ ٤ ، ص ١٢٨ .

ArabLawInfo (www.arablawinfo.com)
Tel: 00962 (6) 55 20 783 - Fax: 00962 (6) 55 20 784 - P.O.Box: 8734 Amman 11121 Jordan
Um-Othayna/6th Circle- King Faisal Street - Building No. (38)

بطلانا مطلقا ، اذ لا تفاوت في العدم ، واما أن التفريق بين هذين النوعين من البطلان غير ذي فائدة ، فلأن أحكام العقد الباطل بطلانا مطلقا هي عين أحكام العقد المنعدم ، كلا العقدين لا ينتج أثرا ولا تلحقه الاجازة ولا يرد عليه تقادم (٢٠).

أما النتائج المترتبة على مرتبة العقد الباطل بطلانا نسبيا ، انه عقد صحيح لكنه قابل للابطال ، فهو يمر في مرحلتين ، المرحلة الاولى قبل أن يتحدد مصيره بالاجازة أو الابطال ، و يكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحا . والمرحلة الثانية ، يلقى فيها العقد أحد مصيرين : فاما أن تلحقه الاجازة أو يتم في شأنه التقادم فيزول البطلان و يستمر العقد صحيحا منتجا لكافة آثاره ، واما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاما وتزول جميع آثاره بأثر رجعي (٢١).

ويحسن بهذه المناسبة المقارنة بين العقد الموقوف في الفقه الاسلامي والعقد الباطل نسبياً في الفقه الغربي.

فالعقد الموقوف في الفقه الاسلامي هو الذي تخلفت فيه الولاية على محل العقد ، أو الولاية على نوع العقد ، أي عقد ناقص الأهلية والتصرف في ملك الغير(٢٢).

فعقد ناقص الاهلية موقوف في الفقه الاسلامي وقابل للابطال في الفقه الغربي ، وبيع الفضولي أو بيع ملك الغير موقوف في الفقه الاسلامي وقابل للابطال في الفقه الغربي.

وقبل أن ننتهي من هذا العرض أرغب بالقول ان القانون المدني الاردني أخذ بنظرية العقد الفاسد في مادة واحدة هي المادة ١٧٠ منه حين نص على أنه :

« ١ ـ العقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه فاذا زال سبب فساده صح.

٢ ـ ولا يفيد الملك في المعقود عليه الا بقبضه.

٣ ـ ولا يترتب عليه اثر الا في نطاق ما تقرره أحكام القانون.

٤ ـ ولكل من عاقديه أو ورثته حق فسخه بعد اعذار العاقد الآخر».

---

(٢٠) المرجع السابق ، ص ٨٥ ، ٨٦.

(٢١) المرجع السابق ، ص ٨٧.

(٢٢) أما عيوب الارادة فيواجهها في الفقه الغربي العقد القابل للابطال أيضا ، ولكن العقد غير اللازم في الفقه الاسلامي هو الاقرب الى مواجهتها.

ولكن عندما أخذ المشرع الأردني بالعقد الفاسد هل أخذ به كنظرية فقط بمعزل عن الأسباب التي أخذ بها الفقه الحنفي أم أنه تبنى هذه الاسباب ، بمعنى هل جعل المشرع الاردني الاسباب التي جعلها الفقه الحنفي أسباباً لفساد العقد أسباباً للفساد فيه أم لا ؟ وهل اذا أخذ بهذه الاسباب أو استبعدها ، هل جعل للعقد الفاسد تطبيقا فيه بحيث نقول ان القانون المدني يتضمن كثيراً من التطبيقات في مواده للعقد الفاسد أم لا ؟

هذا هو موضوع البحث ، وسنرى فيه الى أي مدى أخذ القانون المدني الاردني بأسباب الفساد في الفقه الحنفي أسباباً للفساد فيه ، مع التسليم بأن المشرع الاردني قد أخذ بالعقد الفاسد نفسه كنوع من أنواع العقود.

و بعد هذه المقدمة فان البحث سيقسم الى فصل أول نبحث فيه الاسباب العامة لفساد العقد في الفقه الحنفي ومدى أخذ القانون المدني بها ، وفصل ثان نبحث فيه الاسباب الخاصة لفساد العقد في الفقه الحنفي ومدى أخذ القانون المدني بها ، ثم خاتمة.

الفصل الأول
الاسباب العامة لفساد العقد في الفقه الحنفي
ومدى أخذ القانون المدني بها

يمكن القول أن الاسباب العامة لفساد العقد في الفقه الحنفي هي : الجهالة الفاحشة والغرر والاكراه (٢٣) وسنقوم بتوضيح هذه الاسباب في الفقه الحنفي تباعا :ـــ

أولا :ــ الجهالــة الفاحشـــة :

والجهالة التي تفسد العقد في الفقه الحنفي ، ليست الجهالة البسيطة ، وانما الجهالة الفاحشة ، والجهالة الفاحشة هي التي تؤدي الى نزاع مشكل ، والنزاع المشكل : هو الذي يتعذر حسمه لتساوي حجة الطرفين فيه ، استناداً الى تلك الجهالة (٢٤). وكل جهالة تفضي

(٢٣) الزرقا ، مدخل ، ج ٢ ، ص ٦٨٩.
(٢٤) الكاساني ، البدائع ، ج ٤ ، ص ٢٠٧.

الى المنازعة مفسدة للعقد (٢٥) وذلك كما لو باع انسان شاه غير معينة من قطيع غنم ، فالبائع قد يريد اعطاء الرديئة بحجة عدم التعيين ، والمشترى قد يريد أخذ الجيدة لنفس الحجة أيضا . مثل هذا العقد يكون فاسدا في الفقه الحنفي لأنه يؤدي الى المنازعة بين أطراف التعاقد.

أما اذا لم تؤد الجهالة الى نزاع مشكل فهي بسيطة ، ولا تؤدي الى فساد العقد ، كما لو باع شخص كل ما في صندوقه أو بيته دون معرفة ما فيه ، فيعتبر العقد صحيحا ، لأن المبيع وان كان مجهولا ، يكون معينا بالذات ، بحدود معروفة ومتفق عليها ، وهو الصندوق أو البيت ، وهذا التعيين يكون حجة صالحة وملزمة لكلا المتبايعين وتحسم النزاع ، فاذا ظهر أكثر مما يظن البائع ، فحجة المشتري عليه راجحه ، واذا ظهر أقل مما يظن المشتري فحجة البائع عليه راجحة (٢٦).

ونتيجة لهذا الامر فقد أجاز الفقه الحنفي اشتراط خيار التعيين في عقود المعاوضات ، كما لو باع الشخص أشياء معينة على أن يكون لأحد المتعاقدين أو للغير حق تعيين الشيء الذي يقع عليه البيع ، وذلك قياسا على خيار الشرط لحاجة المتعاقد من بائع أو مشتري الى التروي وأخذ الرأي فيما يبيع أو يشتري ، وقد برر الفقه الحنفي ذلك ، بعدم وجود الضرر من جهالة المبيع عند العقد ، لأنها لا تفضي الى نزاع مشكل ، لأن جعل تعيين أحد الاشياء الى أحد المتعاقدين أو للغير قد ازال هذه الجهالة ، وجعل ارادة من له التعيين ملزمة للطرف الثاني برضاه والرضا صالح لحسم النزاع قضاء دون تجاوز على ارادة أحد الطرفين (٢٧).

أما صور الجهالة الفاحشة في الفقه الحنفي فهي أربعة :ـــ

الصورة الاولى : جهالة تتعلق بمحل التعاقد ، كالجهالة في المبيع.

كمن يشتري بقرة على أنها تحلب كذا رطلا ، وهذا شرط في وجوده غرر وجهالة ، فلا يصلح شرطا في البيع ، فيوجب فساده (٢٨).

(٢٥) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٢.
(٢٦) ابن عابدين ، الحاشية ، ج ٤ ، ص ٢١.
(٢٧) الزرقا ، مدخل ، ج ٢ ، ص ٦٩١ نقلا عن الدرر شرح الغررج ٢ ، ص ١٥٤.
(٢٨) الكاساني ، البدائع ، ص ٣٠٧٢.

وفساد الشرط في كونها تحلب كذا، لأن البائع ليس في وسعه ايجاد مقدار كذا وليس له طريق الى معرفته فكان شرطا مفسدا للعقد (٢٩).

ومن صور الفساد لجهالة المعقود عليه كما لو اشترى ناقة على أنها حامل فالبيع فاسد، لأن الشرط لا تحقق له الا بالحمل، وفي وجوده غرر، ومع ذلك فهو مجهول فيوجب فساد العقد (٣٠).

واذا باع شخص حيوانا واستثنى ما في بطنه فالبيع فاسد، لأن ما في البطن لا يجوز البيع عليه وحده، كما لو باع اليد والرجل من حيوان حي، فهذا لا يجوز، لأن الجنين ما دام متصلا بالأم فهو في حكم الأجزاء، والأجزاء لا تقبل العقد، والجنين في البطن مجهول ولا يُدرى اذكر هو أم أنثى، واحدا أو مثنى، فاذا كان الحيوان في بطن أمه مستثنا من البيع، وهو مجهول، فالمستثنى منه يصبح مجهولا أيضا، وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد (٣١).

وكذلك ان وقع العقد على عدل بر أو أغنام أو نخيل واشترط أن يرد المشتري أحد العينين أو يأخذ البائع احداهن بغير تحديد عينها، فالبيع فاسد، لأن المستثنى مجهول، و به يصير المستثنى منه مجهولا ايضا، وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة لأنها متفاوتة في المالية فالبيع فاسد (٣٢).

وان اشترى شاه على أنها حامل فالعقد فاسد، لأن الحبل في البهائم أمر مجهول. فانه لا يُدرى ان انتفاخ بطنها من ريح أو ولد، وان الولد حي أو ميت، ذكرا أم أنثى، واحدا أو مثنى، والمجهول اذا ضم الى معلوم يصير الكل مجهولا (٣٣).

الصورة الثانية : الجهالة في الأجل :

يشترط في البيع لأجل أن يكون الأجل معلوما، فان كان مجهولا فسد البيع سواء أكانت

(٢٩) السرخسي، ج ١٣، ص ٢٠.
(٣٠) الكاساني، البدائع، ص ٣٠٨٠.
(٣١) السرخسي، المبسوط، ج ١٣، ص ١٩. والكاساني، البدائع، ص ٣٠٨٦.
(٣٢) السرخسي، المبسوط، ج ١٣، ص ٢٠.
(٣٣) المرجع نفسه.



الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ونزول المطر وقدوم فلان أو موته ونحو ذلك ، أم متقاربة كالحصاد وقدوم الحجاج ونحو ذلك (٣٤) لأن الريح قد تهب أو لا تهب ، كما أن المطر قد ينحبس ، وقد يتأخر أو يتقدم مجيء فلان ، وحياته وموته في علم الغيب ، والحصاد قد يتأخر أو يتقدم بحسب ارتفاع الحرارة أو انخفاضها ، والحاج قد يتعجل العودة أو يتأنى ، فكل هذه الأمور تجعل الاجل مجهولا فيؤدي ذلك الى فساد العقد.

ومن تطبيقات الجهالة في الأجل في الفقه الحنفي الذي يؤدي الى فساد العقد ، اذا اشترى شخص عينا بثمن دين ، ولم يُعين أجل الوفاء ، ففي هذه الحالة يكون الأجل مجهولا ، والأجل المجهول يوجب فساد العقد (٣٥). لأن التأجيل في العقد جعل الأجل شرطا في العقد ، وجهالة الأجل المشروط في العقد وان كانت متقاربة توجب فساد العقد ، لأنها تفضي الى المنازعة ، والمنازعة تفسد العقد.

الصورة الثالثة : جهالـــة الثمـــن .

ومن الصور المفسدة للعقد في الفقه الحنفي ، جهالة الثمن ، اذا كانت هذه الجهالة تفضي الى المنازعة ، لأن البيع بالثمن المجهول فاسد. فان قال المشتري أخذته منك بمثل ما يبيعه الناس كان فاسدا أيضا ، لأن المستثنى مجهول الجنس والقدر والصفة ، والناس في المبايعة يتفاوتون بين مسامح ومستعصي (٣٦).

الصورة الرابعة : جهالة التأمينات العينية والشخصية :

كما لو اشترط البائع على المشتري أن يقدم رهنا بالثمن المؤجل أو تقديم كفيل يكفل وفاءه بالدين.

فاذا اشترط البائع وجود كفيل ، سواء سمي الكفيل أو لم يسمه ، فالعقد فاسد اذا كان الكفيل غائبا عن مجلس العقد ، لأنه لا يدري أيكفل أم لا ، ولأن جواز هذا العقد ، يتعلق

(٣٤) الكاساني ، البدائع ، ص ٣٠٩٣ ، وابن عابدين ، الحاشية ، ج ٥ ، ص ٨٢ ، ٨٣. وابن الهمام ، فتح القدير، ج ٦ ، ص ٤٥٣ ، والميرغيناني ، الهداية ج ٣ ، ص ٤٩ ، والقاضي خسرو ، الدرر الحكام ، ج ٢ ، ص ١٧٣ ، والسرخسي المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٢٦ — ٢٨.

(٣٥) الكاساني ، البدائع ، ص ٣٠٩٦ ، ٣٠٩٧.

(٣٦) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٧ . والمغنى نفسه ، ص ٢.

بقبول الكفيل الكفالة ، فمتى شرط قبوله ، وكان غائبا عن مجلس العقد ، لم يُجز العقد (٣٧) .

واذا اشترط البائع على المشتري أن يقدم له رهنا بالثمن ، فان كان الرهن مجهولا فالعقد فاسد ، لأن قبول العقد مرتبطا بالرهن ، واذا كان لابد من أن يكون العقد معلوما ، فلا بد أن يكون ما هو مرتبط به معلوما أيضا وهو الرهن (٣٨) .

واذا أردنا أن نجري مقارنة بين الفقه الحنفي والقانون المدني حول هذه الانواع الاربعة للجهالة الفاحشة في الفقه الحنفي ، هل اعتبرها القانون المدني مفسدة للعقد أم جعل لها مؤيداً آخر لوجدنا أنه :

١ ــ بالنسبة للنوع الاول : وهي الجهالة التي تتعلق بمحل التعاقد ، أي جهالة المعقود عليه وهو المبيع هنا على وجه التحديد ، فقد اعتبر الفقه الحنفي جهالة المبيع جهالة فاحشة مفسدة للعقد (٣٩) في حين أن جهالة المبيع أو المعقود عليه في القانون المدني الأردني تؤدي الى بطلان العقد بدليل نص المادة ١/٤٦٦ منه التي تنص على أنه «يشترط أن يكون المبيع معلوما عند المشتري علما نافياً للجهالة الفاحشة» وهذا النص نص آمر ، وتؤدي مخالفته الى بطلان التصرف الذي وقع مخالفا له .

بالاضافة الى هذا النص الواضح في بطلان عقد البيع اذا كان المبيع مجهولا جهالة فاحشة فان القواعد العامة المتعلقة بمحل العقد كشرط من شروط العقد العامة تنص في المادة ١/١٦١ على أنه «يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة بالاشارة اليه أو الى مكانه الخاص ان كان موجودا وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة» ثم نصت المادة ٣/١٦١ «فاذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلا» . فالبطلان واضح في عقود المعاوضات المالية عموما اذا كان محل التصرف مجهولا جهالة فاحشة .

---

(٣٧) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، ص١٨ .

(٣٨) المرجع نفسه ، ص١٩ ، ١٩ .

(٣٩) الكاساني ، البدائع ، ص٣٠٧٢ .

وعليه يمكن القول أن النصوص الخاصة بعقد البيع والقواعد العامة التي تنطبق على كل العقود تؤكد أن جهالة المعقود عليه أو المبيع ، أو بتعبير أدق محل التعاقد جهالة فاحشة تؤدي الى بطلان العقد وليس الى فساده في القانون المدني الاردني.

٢ ــ بالنسبة للنوع الثاني : وهي الجهالة التي تتعلق بالثمن ، عندما يكون مجهولا (٤٠). فقد اعتبر الفقه الحنفي الجهالة الفاحشة في الثمن مؤدية الى فساد العقد (٤١). في حين أن جهالة الثمن في القانون المدني الاردني تؤدي الى بطلان العقد ، بدليل نص المادة ٤٧٩ منه التي تنص على أنه «يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع

---

(٤٠) يعتبر الثمن ركنا في عقد البيع ، ذلك ان للبيع ثلاثة أركان هي : التراضي والمحل والسبب ، (انظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، جـ ٤ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ ، ص ٤٠. وسيشار له فيما بعد هكذا : السنهوري ، الوسيط ، والدكتور جاك يوسف الحكيم ، العقود الشائعة أو المسماه عقد البيع ، مطبعة محمد الكتبي ، دمشق ، ١٩٧٣ ، ط ٢ ، ص ٢٣. وسيشار له فيما بعد هكذا : الحكيم ، عقد البيع).

و يعتبر المبيع والثمن محلين في عقد البيع ، فالثمن محل التزام المشتري ، والمبيع محل التزام البائع (السنهوري ، الوسيط ، جـ ٤ ، ص ١٩٠. والحكيم ، عقد البيع ، ص ١٣٩. والدكتور سليمان مرقس ، عقد البيع ، الناشر عالم الكتب ، القاهرة ، ط ٤ ، ١٩٨٠ ، ص ١٣٧ ، وسيشار له فيما بعد هكذا : مرقس ، عقد البيع) وبما ان المحل ركن في عقد البيع ، اذن فالثمن ركن في عقد البيع حتى ولو لم يذكره القانون المدني تحت عنوان أركان البيع بل ذكره تحت عنوان الثمن وما يتصل به. و يعتبر الثمن ركنا في عقد البيع سواء أكان عينا أو نقدا ، لأن المادة ٤٦٥ من القانون المدني الاردني التي عرفت البيع قطعت أنه قد يكون عينا أو نقدا حين نصت على أن «البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض» لأن العوض قد يكون نقدا وقد يكون عينا ، فلو أراد المشرع قصره على الاعيان لقال «لقاء عوض من غير النقود» ولو أراد قصره على النقود لقال «لقاء عوض نقدي». وليس هنالك ما يدل على أن المشرع عندما بحث تحت عنوان «الثمن وما يتصل به» انه قصر الثمن على الثمن النقدي فقط ، بل تدل النصوص انه شملها للنقدي والعيني بدليل نص المادة ٤٨١ التي تتحدث عن الثمن النقدي والمادة ٤٧٩ التي تتحدث في فقرتيها ١ ، ٢ عن مشاهدة الثمن والاشارة اليه و بيان مقداره وجنسه و وصفه ، والمشاهدة والاشارة والمقدار والجنس والوصف كما تنطبق على الاعيان تنطبق على النقود في القانون المدني.

كما ان المادة ٤٧٩ المشار اليها في المتن والتي حددت شروط الثمن قاعدة آمره يترتب على مخالفتها البطلان ، والدليل على ذلك أن المادة المذكورة قالت «يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوما ، و يكون معلوما ... بكذا و بكذا». فكلمة يشترط تفيد الوجوب ، فاذا ورد النص بصيغة الوجوب كأن يقول النص : يشترط ، فهو نص آمر يترتب على مخالفته البطلان (بهذا المعنى الدكتور توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٨١ ، ص ٥٧ ، وسيشار له فيما بعد هكذا : فرج ، المدخل) وتدعيما لهذا الاستنتاج ، فان الثمن يعتبر محلا في عقد البيع ، والمادة ٢/١٦١ ، ٣ تنص على أن يكون المحل معلوما ، فان لم يكن كذلك كان العقد باطلا مما يدل على أن المادة ٤٧٩ التي تتحدث عن معلومية المحل قاعدة آمرة ، تدعمت بحكم المادة ١٦١ من القانون المدني.

وفي النهاية أقول : صحيح أن نص المادة ١٦١ يفيد بأن المقصود بالمحل «العين المتعاقد عليها» لكنه في نفس الوقت يفيد أن المحل قد يكون نقدا لأنه اشترط في عقود المعارضات المالية أن يكون المحل معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة بالاشارة اليه أو الى مكانه الخاص أو ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات. وكما قلنا النقود يمكن أن تكون ثمنا اذا اشرت اليها أو أشرت على مكانها الخاص ، كأن تشتري والثمن ما في هذا الصندوق من النقود.

(٤١) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٢ ، ٧.

معلوما ، و يكون معلوما : ١ــ بمشاهدته والاشارة اليه ان كان حاضرا . ٢ــ ببيان مقداره وجنسه ووصفه ان لم يكن حاضرا . ٣ــ بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحه لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ» .

ونص المادة المذكورة نص آمر لا يجوز الخروج على أحكامه ، وأي مخالفة له فانها تؤدي الى بطلان العقد ، وعليه فان أي تصرف أو عقد كان الثمن المسمى فيه مجهولا جهالة فاحشة ، فانه يكون باطلا بصريح نص المادة ٤٧٩ من القانون المدني ، بالاضافة الى نص المادة ٤٧٩ الذي يجعل عقد البيع باطلا فيما لو كان الثمن المسمى مجهولا جهالة فاحشة ، فان القواعد العامة في المادة ١٦١ تشترط في عقود المعاوضات المالية ان يكون المحل معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة ، فاذا لم يعين على النحو الذي ذكرته المادة كان العقد باطلا . ومن المعروف أن المبيع والثمن محلين في عقد البيع (٤٢) وبالتالي فان الثمن هو محل في عقد البيع بالنسبة للمشتري اذا لم يعين تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة ، فان العقد يكون باطلا ليس بحسب المادة ٤٧٩ من القانون المدني فحسب بل بحسب نص المادة ١٦١ أيضا .

وعليه يمكن القول ان جهالة الثمن في عقد البيع تؤدي الى بطلان العقد ، بحسب النصوص الخاصة بعقد البيع ، وبحسب نصوص القواعد العامة في نظرية الحقوق الشخصية ، ولا تؤدي كما هو الفقه الحنفي الى فساد العقد .

٣ــ بالنسبة للنوع الثالث : وهي الجهالة التي تتعلق بأجل الوفاء . فقد اعتبر الفقه الحنفي الأجل المجهول فيما يتعلق بأجل الوفاء مفسدا للعقد (٤٣) . فاذا كان الثمن معروفا ولكنه مؤجل الوفاء أجلا مجهولا جهالة فاحشة وان كانت متقاربة ، فانه يفضي الى منازعة والمنازعة مرفوضة ، فيكون العقد المتضمن جهالة فاحشة في الوفاء فاسدا عند الحنفية . لكن الحكم حول جهالة الأجل في القانون المدني الاردني ، غير منصوص عليه على وجه التحديد لأن المادة ٤٨٣ تنص على أن «الثمن في البيع المطلق يستحق معجلا ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلا أو مقسطا لاجل معلوم» .

فهذه المادة تبين أن الأصل في الثمن أن يستحق معجلا ، الا اذا اتفق المتعاقدان أو دل العرف على أن الدفع يكون مؤجلا أو مقسطا ، لكنها بينت في نفس الوقت أن

---

(٤٢) مرقس ، عقد البيع ، ص ١٢٧.
(٤٣) الكاساني ، البدائع ، ص ٣٠٩٦.

يكون الأجل معلوما ، دون أن تبين الجزاء على عدم معلومية الأجل ، وفي هذه الحالة يجب أن نعود للقواعد العامة في نظرية الحقوق الشخصية ، ولكننا لم نجد نصا يكمل هذا النقص ، و بناء عليه فاننا سنعود الى نصوص مجلة الاحكام العدلية ، التي ما تزال مطبقة بما لا يتعارض مع أحكام القانون المدني ، لأن المادة ١٤٤٨/١ من القانون المدني نصت على أنه «يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الاحكام العدلية» وبما أنه لا يوجد نص معارض في القانون المدني ، بل لا يوجد نص يوضح جزاء عدم معلومية الاجل ، فانا سنعود بذلك الى نصوص المجلة عملا بالمادة ١٤٤٨/١ ، والنص الذي يمكن الرجوع اليه من المجلة هو نص المادة ٢٤٨ التي تنص على أن «تأجيل الثمن الى مدة غير معينة كأمطار السماء يفسد البيع» أي ان النقص الحاصل في المادة ٤٨٣ من القانون المدني يكمل من المادة ٢٤٨ من مجلة الاحكام العدلية . وتكون النتيجة ان عدم معلومية أجل الوفاء بالثمن هي فساد البيع ، و بذلك تتفق هذه النتيجة مع ما يقرره الفقه الحنفي في ذلك ، وهو فساد البيع اذا كان الثمن مؤجلا لمدة مجهولة .

لكن النتيجة المذكورة وهي فساد البيع لجهالة أجل الوفاء غير منصوص عليها في القانون المدني ، وانما منصوص عليها في مجلة الاحكام العدلية ، بمعنى أن القانون المدني ما يزال بمعزل من أن يأخذ بأي سبب من أسباب الفساد في الفقه الحنفي التي مرت معنا سببا للفساد فيه . واذا كان هذا النوع يُعد سبباً للفساد في الفقه الحنفي وفي مجلة الاحكام العدلية ، فهو ليس كذلك في القانون المدني .

٤ ــ بالنسبة للنوع الرابع : وهي الجهالة التي تتعلق بالتأمينات العينية والشخصية . فاذا اشترط البائع وجود كفيل ، وكان الكفيل غائبا عن مجلس العقد ، كان العقد فاسدا . وان اشترط أن يقدم المشتري له رهنا أو كفالة وقبل وكان الرهن مجهولا كان العقد فاسدا (٤٤) . اذن في كلا الحالتين من النوع الرابع يكون العقد فاسدا في الفقه الحنفي ، لكن الأمر مختلف في القانون المدني ، ففي الحالة الاولى ، عندما يشترط البائع كفيل وكان الكفيل غائبا عن مجلس العقد ، فان الكفالة لا تنعقد أصلا وتكون الكفالة باطلة ، لأن المادة ٩٥١ من القانون المدني نصت على أنه «يكفي في

(٤٤) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، ص ١٨ ، ١٩ .

انعقاد الكفالة ونفاذها ايجاب الكفيل» فركنها الوحيد ايجاب الكفيل وان كانت ترتد بالرد، لكن الكفيل في حالتنا هذه غير موجود أصلا، فلا تنعقد الكفالة، لكن ما هو مصير البيع هل يكون صحيحاً أو فاسداً أو باطلا. في الواقع لا يوجد نص في قواعد عقد الكفالة أو البيع ولا حتى في المجلة حول هذه المسألة. فاذا اشترط البائع وجود كفيل على البيع ولم يكن حاضر المجلس فانا لم نجد حلا لمصير عقد البيع ذاته، لكن يمكن القول أن القواعد العامة في نظرية الحقوق الشخصية يمكن أن تسعفنا من خلال المادة ١٠٠ من القانون المدني، التي تنص «١ ــ يطابق القبول الايجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين، حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة.
٢ ــ واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد انعقد واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعُرف والعدالة».

أقول: فاذا كان وجود الكفيل مسألة جوهرية كما يراها الطرفان ولم يكفل المشتري أحد فعقد البيع غير منعقد، واذا اعتبرا وجود الكفيل مسألة تفصيلية ولكنهما اشترطا أن العقد لا ينعقد بدون الكفالة، ولم يقم كفيل ما بالكفالة، فان العقد لا ينعقد أصلا. اما اذا لم يشترطا أن العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فان العقد يكون منعقدا وصحيحا نافذا لازما، فاذا قام خلاف بينهما حول مسألة الكفالة فان المحكمة تحل هذا الخلاف طبقا لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعُرف والعدالة.

وبناء على ما ذكر فان اشتراط البائع وجود كفيل غير موجود في مجلس العقد اما أن يجعل عقد البيع باطلا اذا كان وجود الكفيل مسألة جوهرية، أو اذا اتفق المتعاقدان على أن العقد لا ينعقد الا بوجوده، هذا في حالة رفض الكفيل للكفالة. واما أن لا يؤثر عليه فيبقى العقد صحيحا اذا لم يكن وجود الكفيل مسألة جوهرية،

أو لم يتفقا على عدم انعقاد العقد عند عدم وجود الكفيل ، على أن تقوم المحكمة بحل الخلاف. والنتيجة أن العقد اما أن يكون باطلا أو يكون صحيحا وليس فاسدا كما في الفقه الحنفي.

وفي الحالة الثانية عندما يشترط البائع على المشتري أن يقدم له رهنا ، وكان الرهن مجهولا فان عقد الرهن يكون باطلا. لأن شرط وجود المرهون في الرهن التأميني ركن فيه (٤٥) ، وشرط قبض المرهون في الرهن الحيازي ركن فيه أيضا (٤٦) ، فجهالة الرهن تؤدي الى بطلان الرهن التأميني والحيازي. لكن ما هو مصير عقد البيع ، الذي اشترط البائع فيه وجود رهن ؟

في الحقيقة ينطبق عليه ما قلناه بشأن الكفيل ، فاذا كان الرهن مسألة جوهرية ، أو اشترطا أن العقد لا ينعقد بدونه ، فالعقد باطل وغير منعقد أصلا ، أما اذا اعتبراه مسألة تفصيلية ولم يشترطا أن العقد لا ينعقد بدونه ، فان العقد يكون صحيحا اذا اختلفا عليه ، على أن تقوم المحكمة بحل هذا الخلاف.

النتيجة : ان اشتراط وجود كفيل غير حاضر مجلس العقد ، واشتراط تقديم رهن مجهول من قبل البائع ، يؤدي الى فساد البيع في الفقه الحنفي ، لكنه في القانون المدني تارة يجعل عقد البيع باطلا وتارة لا يؤثر عليه فيبقى صحيحا.

ثانياً :ـ الغـــــرر

و يقصد بالغرر أن يتعاقد المتعاقدان على أمر موهوم غير موثوق. وسمي كذلك لأن ظاهره يغر العاقد و يورطه في نتيجة موهومة (٤٧).

ولهذا فالغرر منهى عنه في الشريعة الاسلامية ، لما ثبت عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) انه «نهى عن بيع الغرر» (٤٨).

---

(٤٥) المادة ١٣٢٨ من القانون المدني الاردني.

(٤٦) المادة ١٣٧٥ من القانون نفسه.

(٤٧) الزرقا ، مدخل ، ج ٢ ، ص ٦٩٣. وانظر تعريف الغرر في مختلف المذاهب الفقهية الاسلامية ، الدكتور ياسين درادكه ، نظرية الغرر في الشريعة الاسلامية ، ج ١ ، منشورات وزارة الاوقاف والشؤون والمقدسات الاسلامية. عمان ـ الاردن ، ص ٧١ ـ ٧٧. وسيشار له فيما بعد هكذا : دراد كه ، نظرية الغرر.

(٤٨) صحيح مسلم بشرح النووي ، ج ١٠ ، ص ١٥٦.



ومن الشروط الفاسدة المفسدة للتصرف في الفقه الحنفي شرط في وجوده غرر، كأن يشتري شخص ناقة على أنها حامل. لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم، ولا يمكن الوقوف عليه في الحال، لأن كبر البطن وتحركه، يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره، فكان في وجوده غرر يوجب فساد العقد (٤٩).

ولو اشترى شخص ناقة وهي حامل على أن تضع حملها الى شهر أو شهرين فالبيع فاسد لأن في وجود هذا الشرط غررا، ولو اشترى بقرة على أنها تحلب كذا رطلا، فهذا شرط فيه غرر وهو مجهول الا وهو الحليب، وهذا يوجب فساد البيع (٥٠).

ومن صور فساد العقد للغرر، شرط الوقوف عليه غير ممكن، كمن يشتري طيرا على أنه يجيء من مكان بعيد، أو كبشا على أنه نطاح، أو ديكا على أنه مقاتل (٥١).

واذا كان الغرر سببا من أسباب الفساد في الفقه الحنفي، فاننا سنرى اذا كان كذلك في القانون المدني الاردني أم لا ؟

تنص المادة ١/١٦٠ من القانون المدني الاردني على ما يلي «يجوز أن يكون محلا للمعاوضات المالية الشيء المستقبل اذا انتفى الغرر».

من هذا النص يتبين أن القانون المدني أجاز التعامل بالشيء المستقبل اذا انتفى الغرر، فبيع المعدوم ليس باطلا بحسب هذا النص، لأن الشيء المستقبل معدوم، لكن حتى نصحح بيع المعدوم، لابد أن ينتفي الغرر منه، فاذا لم ينتف الغرر منه كان التصرف باطلا.

واعتبار التصرف باطلا اذا وجد الغرر يستنتج من المفهوم المخالف لنص المادة ١/١٦٠ من القانون المدني، التي أجازت أن يكون محلا للمعاوضات المالية الشيء المستقبل اذا انتفى الغرر، بمعنى أنه اذا لم ينتف الغرر فلا يجوز أن يكون الشيء المستقبل محلا

---

(٤٩) الكاساني، البدائع. ص ٣٠٧١.

(٥٠) الكاساني، البدائع، ص ٣٠٧٢، ٣٠٨٠، والسرخسي، المبسوط، ج ٣، ص ١٩، ٢٠. والمسألة هنا تحتمل بالاضافة للغرر، جهالة المعقود عليه.

(٥١) الكاساني، البدائع، ص ٣٠٧٢. بالاضافة الى أن مثل هذا الشرط من الشروط التي تقع على أشياء يتلهى بها عادة، وسنتكلم عن هذا الشرط في الفصل الثاني من هذا البحث. وانظر حوله، الكاساني، البدائع ص ٣٠٧٢.

للمعاوضات المالية ، وكلمة لا يجوز هنا تعني النهي عن مثل هذا النوع من التصرفات ، فالتصرف الذي يتضمن غررا لا يجوز ابرامه ، فاذا حدث وأبرمه شخص مع آخر، فجزاء ذلك البطلان ، ولا يوجد في نص المادة ما يخالف هذا الاستنتاج ، بأن يستنتج أن مخالفتها يترتب عليه الفساد أو عدم النفاذ ، وأرى أن هذا النص آمرا يترتب على مخالفته البطلان.

و يرى الدكتور السنهوري أن التعامل بالمعدوم ، أي الشيء المستقبل ، يكون صحيحا بشرط انتفاء الغرر، «فبيع المعدوم باطل للغرر لا للعدم ، فالأصل اذن هو الغرر، فان كان فاحشا كان البيع باطلا وجد المبيع أو انعدم ، وان كان الغرر يسيرا كان البيع صحيحا وجد المبيع أو انعدم (٥٢). فالعبرة ليست بالتعامل في معدوم بل في انطواء التعامل على غرر فاحش» (٥٣).

والنتيجة ان الغرر في القانون المدني الاردني يعتبر سببا من أسباب بطلان العقد وليس من أسباب فساده.

ثالثا: ــ الاكـــراه

الاكراه ، هو اجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه (٥٤).

وقد اختلفت الآراء في الفقه الحنفي حول أثر الاكراه. فذهب فريق منهم الى أن الاكراه يجعل العقد موقوفا وليس فاسدا ، وذهب فريق آخر الى أن الاكراه يجعل العقد فاسدا وليس موقوفا (٥٥).

فذهب زفر من أصحاب أبي حنيفة الى أن جزاء الاكراه جعل العقد موقوف الآثار، أي أنه عقد صحيح غير نافذ. وذهب أبو حنيفة وصاحبيه محمد وأبو يوسف الى أن البيع والشراء

---

(٥٢) لم يستطع الفقهاء وضع ضابط للغرر الفاحش واليسير على الرغم من محاولاتهم المتعددة ، ولذلك يستحسن أن يترك هذا الضابط للأزمنة والبيئة وتطور الحضارة ، درادكه ، نظرية الغرر، جـ١ ، ص ٩٩ ، ١٠٠. ونفس المعنى السنهوري ، مصادر الحق ، جـ٣ ، ص ٤٩ ــ ٥١.

(٥٣) السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٣ ، ص ٤١.

(٥٤) المادة ١٣٥ من القانون المدني الاردني.

(٥٥) الكاساني ، البدائع ، ج ٧ ، ص ١٨٦.



والهبه والاجارة ونحوها اذا اقترنت بالاكراه ، فانها عقود فاسدة ، تستلزم فساد تلك التصرفات ، أي أنها لا تكون عقودا صحيحة بل فاسدة (٥٦).

وقد رجح السرخسي اعتبار عقد المكره عقدا فاسدا الا اذا اجازه المكرَه ، كالبيع بشرط أجل فاسد أو خيار فاسد ، اذا أسقط من له الأجل أو الخيار ما شرط له قبل تقرره كان البيع جائزا (٥٧).

ونحن سنناقش الاكراه باعتباره سببا من أسباب الفساد لا من أسباب التوقف ، لأن من قالوا بالتوقف هم القلة ، على الرغم أن مجلة الاحكام العدلية (٥٨) قد اعتبرته سببا للوقف في المادة ١٠٠٦ منها أخذا برأي زفر ، وجاراها في ذلك المشرع الاردني في المادة ١٤١ من القانون المدني التي تنص على أنه «من أكره بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده ، ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الاكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا». أما من قالوا بالفساد فهم الكثرة من فقهاء الحنفية ، وعلى رأسهم أبو حنيفة ومحمد ، وأبو يوسف كما ذكرنا ، ولهذا يمكن القول أن الاكراه يُعد في الفقه الحنفي ، سببا من الاسباب العامة لفساد العقد ، وليس توقفه (٥٩).

وسنرى فيما اذا كان المشرع الاردني في القانون المدني . قد خرج على هذا المنطق أم أنه أخذ به .

في الحقيقة ان المشرع الاردني لم يأخذ برأي الفقه الحنفي في أثر الاكراه ، في حين ان أثره في الفقه الحنفي الفساد ، نجد أثره في القانون المدني أن العقد صحيحا . ولكنه موقوف (غير نافذ) على اجازة من له الحق في اجازته وهو المكرَه ، وذلك بصريح نص المادة ١٤١ منه

---

(٥٦) المرجع نفسه.

(٥٧) السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٤ ، ص ٩٣.

(٥٨) ارغب هنا أن أذكر أن أخذ المجلة برأي الامام زفر بن هذيل من تلاميذ أبي حنيفة يجعله هو المرجع للفتيا والقضاء في قواعد المذهب الحنفي بصدور مجلة الاحكام العدلية بالارادة السلطانية عام ١٢٨٦.

(٥٩) قد يتساءل أحدهم أنني عندما استعرضت آراء فقهاء الحنفية في الاكراه بين قائل ان اثر الاكراه التوقف و بين قائل أن أثره الفساد قد مررت على هذه الآراء مرور الكرام دون مناقشة رغم اختلاف الاثر بينهما ، وكان يحسن التعليل في الترجيح . فأقول : انني لست بصدد مناقشة آراء الفقه الحنفي في هذا الموضوع فمن قال بالتوقف لا يهمني في شيء في هذا البحث لأن ذلك يكون خارج عن موضوع البحث (الفساد)، اما من يهمني في هذا البحث من قال بالفساد فحسب ، فهو الذي أناقشه وأتعرض له ، لأنني لست بصدد الترجيح بين الآراء بمقدار ما أنا بصدد مناقشة فكرة الفساد ليس الا.

حيث تنص على أنه «من أكره بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفد عقده ، ولكن لو أجازه المكرَه أو ورثته بعد زوال الاكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا» (٦٠).

وواضح من هذا النص أن جزاء الاكراه عدم نفاذ التصرف ، سواء أكان الاكراه ملجئاً أم غير ملجىء (٦١).

بذلك نصل الى نتيجة ان القانون المدني الاردني. لم يأخذ برأي بعض فقهاء المذهب الحنفي حين اعتبر جزاء الاكراه عدم النفاذ أيا كان نوع الاكراه، في حين اعتبر الفقه الحنفي جزاء الاكراه الفساد.

الفصل الثاني
الاسباب الخاصة لفساد العقد في الفقه الحنفي ومدى أخذ القانون المدني بها

يمكن القول ان الأسباب الخاصة لفساد العقد في الفقه الحنفي ستة هي : اقتران العقد بشرط فاسد ، أو بسبب تضمن العقد لبيعين في بيعة أو بيع وسلف أو صفقتين في صفقة ، أو بسبب وجود شرط الخيار، أو بسبب اشتراط البراءة من العيب ، أو بسبب أن أحد العوضين أو كلاهما محرما ، أو بسبب اشتراط صفات في المبيع يتلهى بها عادة. وسنقوم بتوضيح هذه الأسباب الواحد تلو الآخر.

أولا :ــ اقتران العقد بشرط فاسد.

قبل البدء بالحديث عن الشرط الفاسد ، الذي اذا اقترن بالعقد جعله فاسداً ضمن ظروف معينة لابد من التعرف على الشرط الصحيح في المذهب الحنفي ، حتى اذا عرفناه عرفنا الشرط الفاسد الذي اذا اقترن بالعقد جعله فاسدا.

---

(٦٠) تعتبر كلمة (ينقلب صحيحا) الواردة في آخر المادة ١٤١ من القانون المدني مصادره على المطلوب ذلك ان العقد غير النافذ (الموقوف) هو عقد صحيح أصلا ، ولكنه موقوف غير نافذ ، فاذا أجازه المكرَه أو ورثته بعد زوال الاكراه صراحة أو دلالة فانه يصبح نافذا ، وليس يصبح صحيحا كما تقول المادة ، لأن العقد مع وجود الاكراه يكون صحيحا غير نافذ ، لكنه يصبح نافذا اذا أجازه المكرَه بعد زوال الاكراه ، ولهذا يجب أن تعدل هذه الجملة من المادة لتصبح (يصبح نافذا) بدلا من (ينقلب صحيحا).

(٦١) يكون الاكراه ملجئاً اذا كان تهديدا بخطر جسيم محدق يلحق بالجسم أو المال ، وغير الملجىء فهو ما كان تهديدا بما دون ذلك. انظر المادة ١٣٦ من القانون المدني الاردني.

والشرط الصحيح في المذهب الحنفي على ثلا ثة أنواع هي :ــ

١ ــ شرط يقتضيه العقد.

والشرط الذي يقتضيه العقد ليس بحاجة الى اشتراطه أصلا في العقد فهو ثابت بداهة ، ولا خلاف في صحته ، فهو لازم دون اشتراطه في العقد ، و يكون أثرا من آثار العقد ، كالالتزام بتسليم المبيع ، وتسلم المبيع ، والالتزام بنقل الملكية وهي تنتقل في المنقول المعين بالذات بمجرد التعاقد دون اشتراط .

مثل هذا الشرط كأن يشترط البائع على المشتري تملك الثمن أو قبضه أو أن يشترط المشتري على البائع تملك المبيع وقبضه ، أو اذا اشترى شخص ثوبا بشرط أن يلبسه ، أو اذ اشترط البائع على المشتري استلام المبيع ، فكل هذه الاشتراطات ثابتة بالعقد دون اشتراط (٦٢) .

٢ ــ شرط يلائم العقد.

وهذا الشرط يؤكد حكم العقد ، و يكون حكم هذا الشرط من حيث الجواز كحكم الشرط الذي يقتضيه العقد ، كأن يبيع الشخص و يشترط على المشتري تقديم ضمان لدفع الثمن كأن يشترط تقديم رهن أو كفيل.

مثل هذه الشروط تلائم العقد ، فهي وان كان العقد لا يقتضيها ، الا أنها لا تعارضه ولا تتنافى معه ، بل تلائمه ، وتتعلق بها مصلحة مشروعة للعاقدين . وقد صحح الفقه الحنفي هذا الشرط لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى ، مؤكداً اياه . فاشتراط الرهن أو الكفالة بالثمن ، يؤكد وجوب استيفاء الثمن ، واستيفاء الثمن ملائم للعقد ، ومثل هذا الشرط يكون بمثابة اشتراط صفة الجودة في الثمن (٦٣) .

٣ ــ الشرط الذي جرى به التعامل.

والشرط الذي يجري به التعامُل ، هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ، لكن

(٦٢) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، ص ١٤ ، والكاساني ، ص ٣٠٧٦ ، وابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٦ ص ٤٤٢ ، والميرغيناني ، الهداية ، ج ٣ ، ص ٤٨ .

(٦٣) الكاساني ، البدائع ، ص ٣٠٧٧ ، ٣٠٧٨ .

الناس تعاملوا به. وفي هذه الحالة يكون البيع جائزاً، كما اذا اشترى شخص نعلا بشرط ان يحذوه البائع. والقياس عدم جواز هذا الشرط، لأنه لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين فكان مفسدا، لكن تعامل الناس بهذا الشرط يسقط القياس فيصح العقد (٦٤).

أما الشروط الفاسدة ضمن ظروف معينة متعددة منها :—

١ — الشرط الذي لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للبائع أو للمشتري وليس بملائم للعقد ولا مما جرى به التعامل بين الناس.

كأن بيع الشخص منزلا و يشترط أن يسكنه شهرا ثم يسلمه للمشتري، أو أرضا على أن يزرعها سنة، أو ثوبا على أن يلبسه أسبوعا، أو على أن يقرضه المشتري قرضا، أو يهب له هبة، أو يزوج ابنته منه. او اذا اشترى شخص ثوبا على أن يخيطه البائع، أو حنطة على أن يطحنها. فالبيع في هذا كله فاسد، لأنه زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وهو تفسير الربا، والبيع الذي فيه ربا فاسد، أو فيه شبهة الربا لأنها مفسدة للبيع كالربا الحقيقي (٦٥).

ويمكن القول بوجه عام ان الشرط الفاسد الذي يفسد العقد، هو الذي فيه منفعة للبائع أو المشتري أو لغيرهما (٦٦).

والمنفعة التي تكون للبائع صورها متعددة، مثالها ان يبيع دارا و يشترط أن يسكنها شهرا، أو يبيع أرضا و يشترط أن يزرعها سنة، أو يبيع ثوبا و يشترط أن يلبسه أسبوعا.

ونرى من هذه الامثلة أن البيع يتضمن اجارة أو اعارة، يتضمن اجارة ان كان للشرط مقابل من الثمن، فان لم يكن له مقابل فالبيع يتضمن اعارة.

وقد يشترط البائع على المشتري أن يقرضه قرضا، أو أن يهب له هبه، أو أن يشتري منه شيئاً آخر، أو أن يبيع له كما اشترى منه، أو أن يزوج منه ابنته (٦٧).

---

(٦٤) الكاساني، البدائع، ص ٣٠٧٩.

(٦٥) الكاساني، البدائع، ص ٣٠٧٣، ٣٠٨٢، وابن الهمام، فتح القدير، ج ٦، ص ٤٤٢ — ٤٥١، والسرخسي المبسوط، ج ١٣، ص ١٥. والميرغيناني، الهداية، ج ٣، ص ٤٨.

(٦٦) السنهوري، مصادر الحق، ج ٣، ص ١٢٦ — ١٢٨.

(٦٧) الكاساني، البدائع، ص ٣٠٧٣ والسرخسي، المبسوط ج ١٣، ص ١٨، وابن الهمام، فتح القدير، ج ٦، ص ٤٤٦، والميرغيناني، الهداية، ج ٣، ص ٤٨.

ونرى من هذه الأمثلة أن عقد البيع قد تضمن عقد آخر، قرضا أو هبة، أو بيعا أو زواجا.

والمنفعة التي تكون للمشتري لها صور متعددة أيضا، مثالها أن يشتري حنطة و يشترط على البائع طحنها، أو ثوبا و يشترط على البائع أن يخيطه، أو محصولا و يشترط على البائع أن يحصده، أو يشترط أن يتركه في الارض حتى ينضج (٦٨).

في هذه الأمثلة نرى أن البيع قد اقترن ببيع آخر، هو في الغالب استئجار البائع على عمل، أو استئجار أرضه أو استعادتها وقد يشترط المشتري على البائع أن يقرضه قرضا، أو يهب له هبة، أو يبيع له شيئاً آخر، أو يشتري منه كما باع له، أو يتزوج ابنته.

وقد تكون المنفعة لغير المتعاقدين، كما لو باع طعاما على أن يتصدق به المشتري، أو باع دارا واشترط على المشتري أن يهبها لفلان أو يبيعها منه بكذا من الثمن (٦٩).

والعلل التي دعت الفقه الحنفي الى القول بفساد الشرط والعقد في هذه الحالات علتان :ـــ (٧٠)

الاولى: ان الشرط يتضمن منفعة يجوز المطالبة بها، و يكون زيادة منفعة مشروطة في عقد البيع، وهي زيادة لا يقابلها عوض فهي ربا أو فيها شبهة الربا، والبيع الذي فيه الربا أو شبهة الربا فاسد (٧١).

الثانية: ان الشرط هنا لا يقتضيه العقد حتى يصح قياسا، ولا ملائم للعقد أو جرى به التعامل حتى يصح استحسانا، وقد تضمن منفعة يجوز المطالبة بها، فصار في ذاته عقدا آخر

---

(٦٨) السرخسي، المبسوط، ج ١٣، ص ١٨، الكاساني، البدائع، ص ٣٠٧٣، وابن الهمام، فتح القدير، ج ٦ ص ٤٥١، والميرغيناني، الهداية، ج ٣، ص ٤٩.

(٦٩) انظر أمثلة لهذا النوع من المنفعة، الكاساني، البدائع، ص ٣٠٧٤، ٣٠٧٥، وابن الهمام، فتح القدير ج ٦، ص ٤٤٣.

(٧٠) ابن الهمام، فتح القدير، ج ٦، ص ٤٤٦، والكاساني، البدائع، ص ٣٠٨١، ٣٠٨٢ والسرخسي، المبسوط، ج ١٣، ص ١٦، والسنهوري، مصادر الحق، ج ٣، ص ١٢٨، ١٢٩. والميرغيناني، الهداية، ج ٣، ص ٤٨، ٤٩.

(٧١) ان الشرط الذي يتضمن زيادة منفعة لا يقابلها عوض في عقد البيع، شرط فاسد يفسد العقد، واذا أردنا أن نجري مقارنة بين هذا العقد وبيع الوفاء الذي هو عبارة عن «عقد توثيقي في صورة بيع على أساس احتفاظ الطرفين بحق التراد في العوضين، الزرقا، مدخل، جـ ١، ص ٥٤٤». لوجدنا أن بيع الوفاء عبارة عن عقد بيع تضمن شرطا هو شرط رد المبيع والثمن بعد مده، فهذا شرط فاسد مفسد للعقد أيضا عند متقدمي الحنفية، لكن هذا العقد قد تضمن شرطا قد تعارف عليه الناس، فأصبح شرطا صحيحا غير مفسد للعقد عند متأخري الحنفية. فالشروط التي تعتبر عند الحنفية مفسدة للعقد اذا تعورف شيء منها تصبح بالعرف صحيحة ملزمة واجبة الاحترام شرعا ولو كان العرف فيها حادثا. الزرقا مدخل، جـ ٢، ص ٩٠٦.

ــ اجارة أو اعارة أو بيعا أو قرضا أو هبه أو غير ذلك ــ تضمنه عقد البيع ، وقد نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف ، وعن بيعتين في بيعة واحدة ، وعن صفقتين في صفقة واحدة.

٢ ــ شرط الأجل في المبيع اذا كان عينا ، والأجل في الثمن اذا كان عينا.

كأن يضرب لتسليم المبيع أو الثمن آجلا ، والقياس يأبى جواز التأجيل أصلا ، لأنه تغيير لمقتضى العقد ، فهو عقد معاوضة ، تمليك بتمليك وتسليم بتسليم ، والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال فكان مغيرا لمقتضى العقد ، فيوجب فساد العقد (٧٢). لأن من باع عينا على أن لا يسلمها الى رأس الشهر فالبيع فاسد ، لأن الأجل في المبيع العين يكون شرطا فاسداً ، ولأن الأجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان (٧٣). ولأن المبيع العين معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه ، اذ فائدته الاستحصال به ، وهو حاصل ، فيكون اضرارا بالبائع من غير نفع للمشتري (٧٤).

٣ ــ شرط تسليم الثمن في بلد آخر اذا كان الثمن عينا في عقد البيع.

لو اشترى شخص عينا بثمن دين على أن يسلم اليه الثمن في بلد آخر ، فاذا لم يحدد له اجلا للوفاء فالبيع فاسد ، لأنه اذا لم يحدد له أجلا ، فيعتبر اجلا مجهولا يوجب فساد العقد. اما اذا حدد له أجلا ، وكان هذا الاجل غير كاف ليتمكن البائع من الوصول الى المكان المحدد في الزمان المحدد ، صار الأمر كأن لم يحدد له أجل أصلا ، فيوجب فساد العقد (٧٥).

لهذا اذا كان الثمن عينا اشترط تسليمه في بلد آخر فالبيع فاسد ، سواء اشترط الأجل أم لم يشترط (٧٦).

---

(٧٢) الكاساني ، البدائع ، ص ٣٠٨٣ ، ٣٠٨٤ . وابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٦ ، ص ٤٤٨.
(٧٣) الميرغيناني ، الهداية ، ج ٣ ، ص ٤٩ . وابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٦ ، ص ٤٤٨.
(٧٤) ابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٦ ، ص ٤٤٨.
(٧٥) الكاساني ، البدائع ، ص ٣٠٩٧.
(٧٦) المرجع نفسه.

وسنقوم باجراء مقارنة بين الفقه الحنفي والقانون المدني الاردني حول هذه النواحي الثلاثة.

١ ــ الناحية الاولى : في الوقت الذي صحح الفقه الحنفي الشرط المقترن بالعقد اذا كان يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به التعامل بين الناس ، نجد أن القانون المدني قد أجاز هذا كذلك في المادة ١/١٦٤ فقد نصت على أنه «يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة» . و بهذا يتفق القانون المدني مع الفقه الحنفي في هذه النقطة. لكنهما يفترقان في أن الفقه الحنفي قد جعل العقد فاسدا اذا كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين واعتبر أن المنفعة لاحد المتعاقدين التي لا يقتضيها العقد ولا تلائمه ولم يجر بها عرف بين الناس، منفعة زائدة تؤدي الى فساد العقد ، لكن القانون المدني الاردني ، قد اعتبر اقتران العقد بشرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو غيرهما شرط صحيح جائز. و بذلك **يكون القانون المدني قد أجاز الشرط المقترن بالعقد ولو كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو** لغيرهما ، في الوقت الذي يعتبر الشرط فاسدا في الفقه الحنفي في مثل هذه الحالة.

وقد يتساءل بعضهم بالقول ان المادة ٢/١٦٤ من القانون المدني أجازت أن يقترن العقد بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو لغيرهما دون أن تبين فيما اذا كان هذا الشرط لا يؤكد مقتضى العقد أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة ، كما فعل الفقه الحنفي ، ذلك ان أي شرط يؤكد العقد أو يلائمه أو جرى به عرف أو عادة قطعا سيكون به نفع لاحد المتعاقدين أو للغير، وهذا قد أجازه الفقه الحنفي بأن أجاز الشرط الذي يؤكد العقد أو يلائمه أو جرى به التعامل بين الناس. و بالتالي لا فرق في ذلك بين الفقه الحنفي والقانون المدني فأقول :ــ ان القانون المدني الاردني عندما أجاز أن يقترن العقد بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين كان يقصد : حتى ولو كان هذا الشرط لا يؤكد مقتضى العقد ولا يلائمه ولا جرى به العرف والعادة ، بدليل ان العقد الذي يقترن بشرط يؤكد العقد أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة سيكون قطعا به نفع لأحد المتعاقدين ، وهذا تحصيل حاصل ، وبما أنه كذلك فلا يمكن للمشرع ، بعذ أن ذكر ذلك في الفقرة الاولى من المادة ١٦٤ أن يعود ليقول في الفقرة الثانية «كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير» الا اذا كان يقصد الخروج على منطوق الفقرة الاولى ليكون النص كما هو في مصدره الحنفي «شرط لا يقتضيه



العقد وليس بملائم له ، ولا مما جرى به التعامل بين الناس ، ولكن فيه منفعة للبائع أو للمشترى» حين اعتبر هذا في الفقه الحنفي مفسدا للعقد ، لكنه يعتبر في القانون المدني الاردني حسب نص المادة ٢/١٦٤ صحيحا وجائزا.

وبذلك يكون الشرط الذي به نفع لاحد المتعاقدين صحيحا في القانون المدني ، فاسدا في الفقه الحنفي ، حتى لو كان لا يؤكد العقد أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة.

الناحية الثانية :ــ اعتبار شرط الأجل في المبيع والثمن اذا كان عينا . فعن المسألة الاولى ، فقد اعتبر الفقه الحنفي ــ كما ذكرنا ــ شرط الأجل في المبيع مفسدا للعقد اذا كان البيع عينا ، ولكن هل اعتبرها القانون المدني الاردني كذلك أم لا ؟

قبل البدء بمناقشة هذه النقطة نريد أن نؤكد أن المبيع يكون في الغالب عينا لا دينا ، فلا هو بالعين مائة بالمائة ولا هو بالدين مائة بالمائة ، وانما هو في الغالب عينا والجزء الاقل دينا.

والفقه الحنفي أجاز التأجيل في بيع الدين دون بيع العين ، فأجاز بيع السلم لأن التأجيل يلائم الديون ولا يلائم الاعيان لمساس حاجة الناس اليه في الديون لا في الاعيان (٧٧) . كما أن الأجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان (٧٨) .

أما عدم جواز التأجيل في بيع العين ، فلأن التأجيل تغيير لمقتضى العقد ، لأن العقد عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال فكان مغيرا مقتضى العقد فيوجب فساد العقد (٧٩) .

وكما ذكرت فالمبيع غالبا ما يكون عينا ، فالمادة ٢/٤٦٦ أفادت أن المبيع يكون معلوما عند المشترى «ببيان أحواله وأوصافه المميزة له ، واذا كان حاضرا تكفي الاشارة اليه» فكلمة اذا كان حاضرا تكفي الاشارة اليه تدل على أن المبيع عينا لا دينا ، لأنه لولا وجوده كعين لما أمكن الاشارة اليه ، كما أنه لو كان دينا لما أمكن الاشارة اليه أيضا . كما أن

(٧٧) الكاساني ، البدائع ، ص ٣٠٨٤.
(٧٨) الميرغيناني ، الهداية ، ج ٣ ، ص ٤٩ . وابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٦ ، ص ٤٤٨.
(٧٩) الكاساني، البدائع ، ص ٣٠٨٣ ، ٣٠٨٤.

المادة ٤٦٥ من القانون المدني أقرت أن البيع تمليك مال لقاء عوض والمادة ٥٣ عرفت المال بأنه «كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل» وهذه نصوص صريحة في أن المبيع يكون عينا في القانون المدني الاردني. كما أن المادة ٨٨ منه صرحت بأن العقد يمكن أن يتم على الاعيان المنقولة والعقارية، وعلى منافع الاعيان أيضا.

كما أن المادة ٢/١٥٨ أجازت أن يكون محل العقد عينا أو منفعة، وجميع هذه النصوص تدل على أن المبيع يكون عينا.

ونجد أن المادة ٤٨٥ تنص على أنه «١ ــ تنتقل ملكية المبيع بمجرد تمام البيع الى المشتري ما لم يقضي القانون أو الاتفاق بغير ذلك. ٢ ــ ويجب على كل من المتبايعين أن يبادل الى تنفيذ التزاماته الا ما كان منها مؤجلا».

يتضح من هذا النص أن المبيع العين يمكن تأجيل نقل ملكيته حتى ولو تم البيع، الى أن يقوم البائع بالتسجيل. كما أنه يمكن تأجيل نقل الملكية بالاتفاق حتى بعد تمام البيع بصريح نص المادة ١/٤٨٥. كما يتضح من نفس المادة الفقرة الثانية أنه يمكن تأجيل تنفيذ الالتزام الى ما بعد الاتفاق، ومن الممكن أن يكون أحد هذه الالتزامات تسليم مبيع عين، فكأن المادة أقرت شرط الأجل في المبيع اذا كان عينا.

من هذا كله نجد أن المبيع العين في القانون المدني يمكن أن يكون مؤجل التسليم ومع ذلك فالعقد صحيح لافساد فيه، في الوقت الذي يكون التأجيل مفسدا للعقد في الفقه الحنفي، وبذلك لم يأخذ القانون المدني برأي فقهاء المذهب الحنفي في هذه المسألة.

هذا عن المسألة الاولى، أما المسألة الثانية، وهي اعتبار الفقه الحنفي شرط الأجل في الثمن مفسدا للعقد فسنرى ما هو موقف القانون المدني منها.

قبل الحديث عن هذا الموضوع أود أن أذكر أن الثمن في القانون المدني يمكن أن يكون عينا، فليس بالضرورة أن يكون نقودا، فالمادة ٤٧٩ منه اشترطت أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوما، وذكرت عدة حالات يكون فيها الثمن معلوما من بينها وصفه أن لم يكن حاضرا، والوصف لا ينصرف إلا لثمن من غير النقود، لأن النقد لا يوصف، وانما يعد أو يبين مقداره أو جنسه أو يشاهد أو يشار اليه ان كان حاضرا، هذا من ناحية ومن ناحية

ثانية ان المادة ٤٦٥ من القانون المدني قد نصت على أن «البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض» فكلمة «لقاء عوض» تدل على أن الثمن في البيع قد يكون ثمنا من النقد أو ثمنا من الاعيان، لأن كلمة عوض مطلقة، تدل على الثمن النقد وغير النقد، «والمطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة» (٨٠) ولم أر من الأدلة ما يقيد اطلاق هذه الجملة لا نصا ولا دلالة، بل على العكس رأيت ما يؤكدها في المادة ٥٥٢ من القانون المدني التي عرفت المقايضة بأنها «مبادلة مال أو حق مالي بعوض من غير النقود» بمعنى أن المشرع عندما أراد أن يحدد العوض نص على أنه من غير النقود، فلو أراد المشرع أن يجعل الثمن في البيع من النقود فقط لنص على ذلك، ولهذا فان الثمن في القانون المدني قد يكون نقدا أو من غير النقود أي من الاعيان.

وبعد هذا أقول: في الحقيقة أن المادة ٤٨٣ نصت على أن «الثمن في البيع المطلق يستحق معجلا، ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلا أو مقسطا لأجل معلوم» (٨١).

فهذه المادة أجازت الاتفاق على أن يكون الثمن بكامله مؤجلا أو يكون على أقساط بشرط أن يكون الأجل معلوما، فالشرط أن يكون الأجل معلوما لا أن يكون الثمن غير مؤجل، فتأجيل الثمن يمكن الاتفاق عليه خلافا للأصل الذي يجعل الثمن يستحق معجلا لأن هذه المادة مفسره يمكن الاتفاق على خلافها، وهذا واضح من نص المادة نفسها، كما أن العرف اذا كان يقضي بتأجيل الثمن في مكان معين وزمان محدد فاننا نأخذ بهِ ونعتبره خلافا لنص المادة، لأن المادة نفسها أجازت الخروج على أحكامها بالعرف.

وبهذا يمكن القول ان الثمن في القانون المدني يمكن أن يكون عينا مؤجله الدفع أو مقسطه الدفع، ويكون عقد البيع مع ذلك صحيحا غير فاسد، وبذلك يكون القانون المدني قد خرج عن الفقه الحنفي في هذه المسألة أيضا.

الناحية الثالثة: وهي أن الفقه الحنفي اعتبر الشرط مفسدا للعقد، فيما لو كان الثمن في عقد البيع عينا، واشترط تسليمه في بلد آخر، بمعنى أن العقد قد تم في مكان واشترط تسليم الثمن العين في بلدة أخرى غير البلدة التي تم فيها العقد.

---

(٨٠) المادة ٢١٨ من القانون المدني الاردني.

(٨١) وانظر كذلك المواد ٤٨٤، ٤٨٧، ٥٢٣ من القانون المدني الاردني حيث تقر بأن الثمن في البيع يمكن أن يكون مؤجلا.

وسنرى فيما اذا كان المشرع الاردني قد أخذ بحكم هذه المسألة في القانون المدني أم أنه خرج عن مصدره الحنفي فيها.

في الحقيقة أن القانون المدني قد أجاز ذلك وصححه وذلك في المادة ١/٣٣٦ التي نصت على أنه «اذا كان محل الالتزام شيئاً معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

ونص المادة المذكورة يحدد فيما اذا كان محل الالتزام شيئاً معينا بالذات، فيجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، والثمن يعتبر محلا في عقد البيع بالنسبة للمشتري، واذا كان الثمن عينا كما هو محل النقاش، فلا يكون العقد صحيحا الا اذا كان معلوما، ولا يكون معلوما كما حددت المادة ٤٧٩ من القانون المدني الا بمشاهدته والاشارة اليه ان كان حاضرا، أو ببيان مقداره وجنسه ووصفه ان لم يكن حاضرا، أو بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ. واذا كان الثمن معلوما على الوجه المذكور فانه قطعا سيكون معينا بالذات. واذا كان الثمن شيئاً من الاعيان كما حددنا، ومعينا بالذات كما ذكرنا، فانه يجب تسليمه ـ حسب نص المادة ٣٣٦ ـ في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام. ولهذا اذا تم البيع في بلدة وكان ثمن المبيع شيئاً معينا بالذات موجودا في بلدة أخرى وقت تمام العقد، فان المشتري يلتزم بتسليمه في المكان الذي كان موجودا به وقت تمام العقد، أي في البلدة الاخرى، الا اذا اشترط البائع على المشتري أن يسلمه الشيء في مكان التعاقد أو في مكان آخر، كما تجيز المادة المذكورة.

لكن الذي أريد افتراضه في هذه النقطة ان الثمن شيئاً من الاعيان كسيارة مثلا وكانت موجودة مع المشتري وقت نشوء الالتزام في مكان نشوء الالتزام. ففي هذه الحالة يجب على المشتري الذي دفع السيارة ثمنا لما اشترى ان يسلمها في المكان الذي كانت موجودة فيه وقت نشوء الالتزام، وهو المكان الذي تم فيه العقد، أي في نفس البلدة التي تم فيها العقد ـ حسب منطوق المادة ٣٣٦ ـ ولكن هل يجوز للمشتري أن يشترط تسليم السيارة وهي ثمن ما اشترى في بلدة أخرى غير البلدة التي تعاقد فيها ؟

في الحقيقة يجوز هذا لأن نص المادة المذكورة أوجب تسليم الشيء المعين بالذات اذا كان محلا للالتزام في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام «ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك» أي أن هذه القاعدة قاعدة مفسرة وليست آمره بحيث يجوز للمتعاقدين الخروج على أحكامها ، والا تفاق على أن يكون تسليم الثمن في مكان آخر في بلدة أخرى غير البلدة التي تم فيها العقد.

وقبل أن أصل الى النتيجة النهائية حول هذه النقطة ، قد يتساءل بعضهم ، عن سبب استنادي في هذه النقطة لقاعدة ليست موجودة في الاحكام المتعلقة بالثمن في عقد البيع ، وانما استندت لمادة موجودة في النظرية العامة للحقوق الشخصية فأقول : ان المادة ٨٩ من القانون المدني جعلت القواعد التي تنفرد بها بعض العقود المدنية تقررها الاحكام الواردة في الفصول المقررة لها ، اما القواعد العامة في النظرية العامة للحقوق الشخصية ، فتسري على العقود المسماه وغير المسماه. وعليه فاذا احتجت لمسألة في عقد البيع فاني سأعود لحكمها في الاحكام الخاصة المتعلقة بعقد البيع فاذا لم أجد بها حكما متعلقا في المسألة التي أبحث عنها ، فاني سأبحث عن حكمها في القواعد العامة لنظرية الحقوق الشخصية. وبما أنني لم أجد حكم مسألة اذا كان الثمن شيئاً واشترط تسليمه في بلدة أخرى في الاحكام الخاصة بعقد البيع ، فاني سأعود لأ رى حكم هذه المسألة في الاحكام العامة لنظرية الحقوق الشخصية وهو ما وجدته في المادة ٣٣٦ التي تدخل ضمن مجال النظرية المذكورة.

وبعد هذا أصل الى نتيجة مفادها ، ان القانون المدني قد اعتبر اشتراط تسليم الثمن العين في بلد آخر في عقد البيع صحيحا وليس فاسدا كما فعل الفقه الحنفي.

ثانياً: تضمن العقد لبيعتين في بيعة أو صفقتين في صفقة أو بيع مع سلف.

يقصد بالعقد الذي يتضمن بيعتين في بيعة : العقد الذي يضم بيعتين في بيعة واحدة سواء كان العقد الذي يقال به بعتك هذه السلعة بألف دينار نقدا أو الفين الى أجل ، أو اشترى منك هذا الثوب نقدا بكذا وتبيعه مني الى أجل ، أو أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما وافترقا قبل الخيار(٨٢).

(٨٢) درادكه ، نظرية الغرر، جـ ١ ، ص ١٦٢.



و يقصد بالعقد المتضمن لبيع مع سلف : العقد الذي يشترط فيه المشتري أن يقرض له قرضا أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة (٨٣).

و يقصد بالعقد المتضمن لصفقتين في صفقة : أن يقول شخص لآخر أبيعك هذا نقدا بكذا ونسيئه بكذا (٨٤). و يلاحظ أن صفقتين في صفقة هو نفسه بيعتين في بيعة ، كل ما في الامر ان بيعتين في بيعة اشمل من صفقتين في صفقة ، بمعنى أن الاخيرة جزء من الاولى ، فاذا تحدثنا عن بيعتين في بيعة نكون بالضرورة قد تحدثنا عن صفقتين في صفقة ، باعتبارها جزء من كل.

وملخص القول بالنسبة لبيعتين في بيعة المشتمل على صفقتين في صفقة ، ان بيعتين في بيعة عبارة عن عقد بيع يتم على الشكل التالي :

١ ـ عقد بيع اما مؤجل الثمن أو معجل ، أو عقد بيع تضمن خيار تعيين للمشتري أو للبائع وقد لزمه أحد الاشياء وافترقا قبل الخيار.
٢ ـ عقد بيع تضمن عقد بيع آخر بثمن معجل أو مؤجل.
وملخص القول بالنسبة للبيع مع السلف :
٣ ـ ان البيع مع السلف عبارة عن عقد بيع يتضمن قرضا أو هبة.

ومن الجدير بالذكر ان هذه العقود جميعا بيعتين في بيعة وصفقتين في صفقة والبيع مع السلف فاسدة في الفقه الحنفي (٨٥).

وسنرى من خلال حديثنا التالي ما هو الوضع القانوني لهذه العقود في القانون المدني ، هل تكون فاسدة كما هي في الفقه الحنفي ، أو تكون صحيحة بحيث يكون القانون المدني الاردني قد خرج عن رأي الفقه الحنفي في هذه النقاط أيضا.

---

(٨٣) السرخسي ، المبسوط ، جـ٣ ، ص١٦.
(٨٤) ابن الهمام ، فتح القدير ، جـ٦ ، ص٤٤٦ ، ٤٤٧ ، والميرغيناني ، الهداية ، جـ٣ ، ص٤٨ ، ٤٩.
(٨٥) السرخسي ، المبسوط ، جـ١٣ ، ص١٦. وابن الهمام فتح القدير ، جـ٦ ، ص٤٤٦ ، ٤٤٧. والميرغيناني الهداية ، جـ٣ ، ص٤٨ ، ٤٩. والدرادكه ، نظرية الغرر ، جـ١ ، ص١٦٢.



١ ــ اما عن النقطة الاولى ، فلا خلاف على أن القانون المدني الاردني قد أجاز ونظم عقد البيع في كتاب العقود في المواد من ٤٦٥ ــ ٥٣١ منه ، وان هذا القانون قد أجاز أن يكون الثمن في البيع معجلا أو مؤجلا ، أو مقسطا ، حيث نصت المادة ٤٨٣ منه على أن «الثمن في البيع المطلق يستحق معجلا ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلا أو مقسطا لأجل معلوم» . فدلت بذلك هذه المادة على أن البيع يمكن أن يكون بثمن معجل أو بثمن مؤجل ولا خلاف في ذلك . ولكن الخلاف فيما لو كان البيع على شيء معين بالذات ، كثلاجة مثلا ، وقال لك البائع هذه بثلاث مائة الآن و بخمسمائة اذا كان الثمن سيدفع بعد سنة .

وفي هذه الحالة أيضا يكون البيع صحيحا ، لأنه لو عرض البائع بيع هذه الثلاجة ابتداء بخمسمائة على الرغم أن سعرها ثلا ثمائة ، ولم يقترن هذا البيع بغبن مصحوب بتغرير ، لكان البيع صحيحا ولما أمكن فسخه .

كما أنه لا يوجد ما يمنع البائع في القانون المدني من أن يقول أبيعك هذا الشيء بمائة معجلا وبمائة وخمسون مؤجلا . لأن المادة ١/١٦٤ من القانون المدني أجازت أن يقترن العقد بشرط جرى به العرف والعادة حين نصت على أنه «يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة» وقد درجت أعراف الناس وعاداتهم في وقتنا الحاضر على أن يشتروا شيئاً بثمن معين اذا كان الدفع معجلا و بثمن أزيد اذا كان مقسطا ، وفي هذا دليل على أن البيع بثمن معجل أو مؤجل صحيح في القانون لجريان العادة والعرف عليه .

و بذلك يكون القانون المدني قد صحح البيع مؤجل الثمن أو معجله على خلاف الفقه الحنفي الذي جعله فاسدا .

أما بالنسبة لعقد البيع المتضمن لخيار التعيين فهو صحيح في القانون المدني الاردني سواء تقرر الخيار للبائع أو للمشتري ، لأن المادة ١٨٩ منه نصت على أنه «يجوز الا تفاق على أن يكون المعقود عليه أحد شيئين أو أشياء ثلا ثة و يكون خيار تعيينه من بينها لأحد العاقدين وذلك بشرط بيان بدل كل منها ومدة الخيار» .

وما قرره القانون المدني من صحة البيع المتضمن خيار تعيين للمشتري أو للبائع لا تساؤل فيه ، ولكن التساؤل في أن العقد يكون غير لازم حتى يتم أعمال الخيار، فاذا تم الخيار صراحة أو دلالة أصبح العقد نافذا لازما فيما تم فيه (٨٦).

فاذا لزم المشتري واحد من الشيئين أو الثلاثة لتعديه عليه أو تقصيره في حفظه أو استهلاكه فهنا يكون قد لزم ذمته شيء من الاشياء المبيعة ولكن قبل استعمال خيار التعيين منه أو من البائع بحسب ما اذا كان لأي منهما ، ففي هذه الحالة هناك لزوم في أحد الاشياء التي يجب تعيينها من بين الاشياء المتعددة وفي نفس الوقت لم يتم الخيار أو افترق المتعاقدان قبل استعمال من له الخيار خياره.

وفي رأيي ان هلاك الشيء أو استهلاكه ولزومه في حق المشتري ، يكون تعيينا ضمنيا أو دلاليا للشيء المتعاقد عليه وهذا جائز بحسب نص المادة ١٩٠ من القانون المدني ، التي أجازت أن يتم الخيار صراحة أو دلالة ، هذا اذا كان خيار التعيين للمشتري ، فاذا كان خيار التعيين للبائع فمن مصلحته أن يصرح بأن الشيء الهالك هو الذي اختاره ، أو يصمت حين يعتبر صمته تعيينا ضمنيا للشيء المعقود عليه ، و يكون هذا الحل عندما يفترق البائع والمشتري قبل أن يستعمل من له الخيار خياره بالتعيين ، اما اذا لم يفترقا فبامكان من كان له الخيار، سواء أكان البائع أم المشتري ، ان يحدد الشيء الذي وقع عليه الخيار بالشيء الهالك ولا مشكلة في ذلك فيكون البيع قد انعقد عليه و يلتزم كل منهم بالالتزامات الملقاه عليه بحسب القواعد العامة ، أما اذا حدد من له الخيار الشيء غير الهالك بأنه هو المعقود عليه ، فهذا جائز أيضا ولكن يجب على المشتري أن يعوض البائع عن الاضرار التي لحقت به نتيجة هلال الشيء اذا كان المشتري متسببا فيه.

و بذلك يمكن القول أن خيار التعيين صحيح في القانون المدني ، وان لزوم أحد الاشياء بأي طريقة من الطرق بحق المشتري اذا كان الشيء ضمن أشياء يجب تعيين واحدا منها ليكون هو المعقود عليه لا يؤثر على صحة التصرف حتى ولو كان المتعاقدان قد افترقا قبل أن يستعمل أحدهما الخيار، سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري.

---

(٨٦) المادة ١٩٠ من القانون المدني الاردني.



وبذلك يكون صحيحا وليس فاسدا في القانون المدني الاردني العقد الذي يعبر فيه البائع عن رغبته في بيع أحد ثوبين مثلا بدينار وقد لزم أحدهما للمشتري، وافترق البائع والمشتري قبل أن يستعمل من له خيار التعيين خياره.

ولهذا اذا تضمن عقد البيع خيار تعيين للمشتري وقد لزمه أحد الأشياء المعينة وافترق البائع والمشتري قبل الخيار، فان ذلك يكون صحيحا في القانون المدني، في الوقت الذي يكون فاسدا في الفقه الحنفي.

٢ ــ اما عن النقطة الثانية، وهي عقد بيع تضمن عقد بيع آخر بثمن معجل أو مؤجل.
أقول: لا خلاف على صحة عقد البيع اذا كان الثمن مؤجلا أو معجلا في القانون المدني، وانما الخلاف يمكن في حصول بيعتين في بيعة وهو أن يشترط البائع على المشتري أن يقوم بدوره ببيع شيء له، كأن يبيعه منزلا بشرط أن يقوم المشتري ببيعه سيارة مثلا، أو أن يبيع البائع سيارة مثلا بألفين نقدا ثم يشتري منزل المشتري بأجل، ففي مثل هذا البيوع تضمن البيع شرطا، وهو عقد بيع آخر مستقل عن الاول وبثمن معجل، أو تضمن عقد بيع آخر مستقل عن الاول، ولكن بثمن مؤجل. ففي كل هذه الأمثلة اقترن العقد الاول بشرط، ومقتضى الحال في الفقه الحنفي ان أي شرط في عقد يتضمن عقد آخر، اجارة أو اعارة أو بيعا أو قرضا أو هبة شرطا فاسدا منهيا عنه (٨٧) لكن الحال في القانون المدني مختلف جدا ذلك أن الشروط المقترنة بالعقد تكون صحيحة اذا كان فيها منفعة لأحد المتعاقدين أو للغير بشرط أن لا تخالف النظام العام والآداب العامة (٨٨)، وهذا مقرر بصريح نص المادة ١٦٤ من القانون المدني حيث تنص على أنه «١ ــ يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة. ٢ ــ كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب العامة والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضا».

---

(٨٧) السنهوري، مصادر الحق، ج ٣، ص ١٢٨.

(٨٨) اذا كان العقد المقترن بالشرط قد وجد لأكل الربا بصورة مستترة والقانون المدني الاردني قائم على أساس الفقه الاسلامي ومستمد منه وهو يحرم الربا الذي يعتبر تحريمه من النظام العام، والقانون المدني الاردني انما أباح الشروط العقدية التي لا تخالف النظام العام أو الآداب، المادة ٢/١٦٤، فان العقد الذي يتضمن شرطا فيه ربا يكون باطلا بحسب القانون المدني الاردني وليس صحيحا حتى ولو كان الربا مباحا بمقتضى قانون آخر. وسواء أكان الشرط صحيحا في القانون المدني أو باطلا لمخالفته للنظام العام أو الآداب فهو ليس فاسدا كما هو الفقه الحنفي، بمعنى أن المشرع الاردني قد خالف فقهاء الحنفية في هذه المسألة أيضا.

وطبيعي أن الشرط قد يكون بيعا متضمنا عقد بيع آخر أو عقد ايجار، أو إعاره أو هبة، وجميع هذه الشروط اذا كان فيها نفع لأحد المتعاقدين أو للغير، فهي صحيحة، و يفترض وجود هذه المنفعة في مثل هذه الشروط، و بالتالي فان العقد المتضمن لعقد آخر كشرط فيه يكون صحيحا في القانون المدني، وليس فاسدا. و يكون بذلك المشرع الاردني قد خالف المذهب الحنفي في هذه المسائل أيضا.

و بذلك يكون المشرع الاردني قد أجاز البيع الذي يتضمن بيعا آخر بثمن معجل في الوقت الذي تكون فيه مثل هذه العقود فاسدة في الفقه الحنفي.

٣ ــ أما عن النقطة الثالثة وهي المتعلقة بالبيع وسلف، فهي كما لاحظنا عبارة عن عقد بيع يتضمن قرضا أو هبة، أي أن المشترى يشترط على البائع اذا أراد ابرام عقد البيع مع البائع أن يقدم له قرضا مستقل عن البيع فيصبح عقداً آخر، أو يقدم له هبة أو صدقة مستقلة عن عقد البيع، فيصبح هناك عقدا آخر أيضا (٨٩).

ومقتضى الحال أن الشرط في الفقه الحنفي كالشرط الذي يشترطه المشتري في البيع والسلف شرطا فاسدا، لأن العقد لا يقتضيه ولا هو ملائم له أو جرى به التعامل حتى يصح عندهم، بل ان هذا الشرط يعتبر عندهم عقداً آخر، قرضا أو هبة تضمنه عقد البيع، والبيع والشرط والبيع والسلف و بيعتين في بيعة وصفقتين في صفقة جيعها عندهم فاسده (٩٠).

فاذا اعتبرنا البيع والسلف عبارة عن شرط، وهذا الشرط عبارة عن عقد قرض أو هبة تضمنه عقد البيع، فهل مثل هذا الشرط فاسد في القانون المدني الاردني كما هو في الفقه الحنفي؟

في الحقيقة أن المادة ٢/١٦٤ من القانون المدني حسمت هذا الامر حين أجازت أن يقترن العقد بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام والآداب. ومثل هذا الشرط الذي يقترن بعقد البيع بحيث يؤدي الى وجود عقد آخر كقرض أو هبه أو صدقة به نفع مؤكد لاحد العاقدين، وهو المشترط، ولم يحظر المشرع مثل هذه

(٨٩) المرجع نفسه، والسرخسي، المبسوط، ج ١٣، ص ١٦.
(٩٠) السرخسي، المبسوط، ج ١٣، ص ١٦.

الشروط ، كما أنها ليست مخالفة للنظام العام أو للآداب ، و بالتالي تكون صحيحة [٩١] .

وبذلك نصل الى نتيجة أن البيع والسلف فاسد في الفقه الحنفي صحيح في القانون المدني الاردني .

ثالثا : وجود شرط الخيار بما يخالف ثلاثة الايام .

وقد يكون فساد العقد في المذهب الحنفي بسبب وجود شرط الخيار، وان اختلف شكله من حالة الى أخرى .

أ ــ فقد يكون الفساد بسبب خيار من الخيارات التي تشوب لزوم العقد ، لمدة تزيد على ثلاثة الايام [٩٢] فمن يشتري سلعة و يشترط الخيار لنفسه مدة تزيد على ثلاثة الايام ، فان مثل هذا الشرط مفسد للعقد [٩٣] .

ب ــ وقد يكون الفساد بسبب خيار من الخيارات التي تشوب لزوم العقد خيارا مؤبدا [٩٤] كأن يشتري بخيار الشرط ابد الدهر فيكون العقد فاسدا .

جـ ــ وقد يكون الفساد بسبب خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة فاحشة ، كهبوب الريح ونزول المطر وقدوم شخص وموت آخر [٩٥] . كأن يشتري بخيار التعيين لحين قدوم والده من السفر [٩٦] .

---

(٩١) كما قلت في الهامش (٨٨) أقول هنا أنه اذا كانت مسألة البيع مع السلف قد اتخذت حيلة لتغطية قرض ربوي ، فان مثل هذا الشرط يعتبر مخالفا للنظام العام أو الآداب بمقتضى القانون المدني الذي أقيم على أساس الفقه الاسلامي الذي يجعل التصرف باطلا اذا اشتمل على الربا ، حتى ولو كان الربا مباحا بمقتضى قانون آخر. وسواء أكان الشرط صحيحا أو باطلا في القانون المدني فان المشرع خالف الفقه الحنفي في ذلك الذي اعتبره فاسدا .

(٩٢) الكاساني ، البدائع ، ص ٣٠٨٤. والسرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، ص ١٧.

(٩٣) لأن خيار الشرط لمدة ثلاثة أيام جائز وغير مفسد للعقد في الفقه الحنفي ، استنادا لحديث رسول الله (صلى الله عليه وسلم) اذا بايعت فقل لا خلا به ولي الخيار ثلاثة أيام. انظر في ذلك الكاساني، البدائع ، ص ٣٠٨٤ ، والسرخسي، المبسوط ، ج ١٣ ، ص ١٧ .

(٩٤) الكاساني ، البدائع ، ص ٣٠٨٤.

(٩٥) المرجع نفسه .

(٩٦) قد يقول بعضهم ان استنتاج الباحث هنا بأن المدة التي يتفقان عليها تشمل المدة المؤبدة غير مقبول ، لأن قول المادة ١٧٧ من القانون المدني (المدة التي يتفقان عليها) يعني أن تكون مدة محدودة مهما طالت ، فلا بد فيها من التحديد ، وعندئذ يكون الاستنتاج بجواز الاتفاق على مدة مجهولة جهالة فاحشة كالخيار الى هبوب الريح أو موت فلان استنتاجا غير مقبول ، فأقول : ان
=



د ـــ وقد يكون الفساد بسبب خيار غير مؤقت أصلا (٩٧). كأن يشترط المشتري خيار الشرط أو التعيين دون نص على مدة أصلا.

من خلال ما ذكر يمكن القول أن خيار الشرط في الفقه الحنفي لمدة تزيد على ثلاثة الأيام، أو لمدة مؤبدة، أو لمدة مؤقتة مجهولة جهالة فاحشة كهبوب الريح، أو دون نص على مدة أصلا يجعل العقد فاسدا، لكن ما هو الوضع في كل هذه الحالات في القانون المدني الاردني.

في الحقيقة أن القانون المدني الاردني قد أجاب عن كل هذه الحالات، فالمبدأ فيه أن مدة الخيار غير متقيدة بثلاثة أيام مطلقا، فالمادة ١٧٧ تنص على أنه «في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ يجوز للعاقدين أو لأيهما أن يشترط في العقد أو بعده الخيار لنفسه أو لغيره المدة التي يتفقان عليها، فان لم يتفقا على تحديد المدة جاز للقاضي تحديدها طبقا للعرف».

والذي يهمني من هذ المادة كلمة «المدة التي يتفقان عليها» فهذه الكلمة مطلقة غير محددة بمدة اطلاقا فتحتمل مدة ثلاثة أيام وتحتمل أكثر وأقل من ذلك. ويمكن القول أنها تحتمل مدة مؤبدة اذا لم يرفع أحد الطرفين الأمر الى القاضي ليحدد المدة طبقا للعرف. ويمكن القول أيضاً إن هذه الكلمة تحتمل مدة مجهولة جهالة فاحشة كهبوب الريح، لأن هذه المادة وان كانت مجهولة الا أنها قطعا ستمر وتهب الريح وقد تكون المدة ثلاثة أيام أو أكثر أو أقل ولكنها لن تكون مؤبدة، حتى لو كانت كذلك فالكلمة تستوعبها.

كما أن جملة «فان لم يتفقا على تحديد المدة جاز للقاضي تحديدها طبقا للعرف» أجازت الحالة الرابعة، فيما اذا كان هناك شرط الخيار دون نص على مدة أصلا، ففي هذه الحالة شرط الخيار صحيح والعقد كذلك ولكن يجوز لأي طرف له مصلحة في تحديد مدة الخيار أن يلجأ للقاضي ليقوم بدوره بتحديد هذه المدة طبقا للعرف.

= الاستنتاج هنا ليس مصدره نص المادة ١٧٧ من القانون المدني، بل مصدره كتاب المبسوط للسرخسي، جـ٣، ص١٧، وكتاب البدائع للكاساني، ص ٣٠٨٤. وأستطيع القول أن اشتراط الخيار لمدة مؤبدة، أو لمدة مؤقتة بوقت مجهول قد بحثت بصراحة في الكتابين المذكورين وليس استنتاجا مني، ولم أفترض هاتين المسألتين استنادا لنصوص القانون المدني، بل استنادا لأقوال الفقيهين في الكتابين المذكورين.

(٩٧) الكاساني، البدائع، ص ٣٠٨٤.

واذا أردنا أن نعرف حكم هذه الحالات بشكل أكثر تفصيلا أقول : بالنسبة لخيار الشرط لمدة تزيد على ثلاثة أيام فقد اعتبره الفقه الحنفي مفسدا للعقد ، لكن القانون المدني اعتبره جائزا وصحيحا ولا يؤثر في العقد ، بل يبقى صحيحا ، وهذا مستفاد من نص المادة ١٧٧ التي أجازت شرط الخيار لأحد العاقدين أو كليهما معا المدة التي يتفقان عليها ، وجعلت المدة مطلقة ، مما يدل على أن اشتراطه بثلاثة أيام أو أكثر جائز.

وبالنسبة لشرط الخيار لمدة مؤبدة فهو مفسد للعقد في الفقه الحنفي لكنه ليس كذلك في القانون المدني ، فانه يعتبر صحيحا وجائزا ، و يستفاد هذا أيضا من نص المادة ١٧٧ التي أجازت للعاقدين أو لأ يهما اشتراط الخيار لنفسه أو لغيره المدة ا لتي يتفقان عليها ، واطلاق كلمة المدة هنا قد تفيد أن المدة مؤبدة ، تستغرق حياة أحد الطرفين المتعاقدين أو غيرهما اذا كان له الخيار، وهذا دليل على جواز اشتراط الخيار مدة مؤبدة.

وبالنسبة لشرط الخيار لمدة مؤقتة مجهولة جهالة فاحشة كهبوب الريح ، فهو مفسد في الفقه الحنفي ، لكنه ليس كذلك في القانون المدني الاردني الذي يعتبره صحيحا ، لأن المادة ١٧٧ حين أجازت للعاقدين أو لأ يهما أن يشترط الخيار لنفسه أو لغيره ، ذكرت أنه يجوز له «المدة التي يتفقان عليها» ، وهبوب الريح ، مدة قد يتفقان عليها وعودة الحجاج وموت فلان كل هذه من المدد المؤقتة ، التي يكون وقوعها مؤكدا لكنه غير معروف على وجه التحديد ، فتكون بها جهالة فاحشة ، لكن هذه الجهالة لن تستمر طويلا فقطعا ستهب الريح وسيعود الحجاج وسيموت فلان ، ولكن المدة متفاوتة ، فمهما كان تفاوتها فلن تكون بأكثر من المدة المؤبدة التي جوزتها المادة ١٧٧ .

ولهذا فالمدة المؤقتة المجهولة جهالة فاحشة تكون في كثير من حالاتها أقل جهالة من المدة المؤبدة ، وعليه فان خيار الشرط بمدة مؤقتة مجهولة جهالة فاحشة يكون صحيحا في القانون المدني ، لكنه فاسد في الفقه الحنفي.

وبالنسبة لخيار الشرط الذي لم يحدد بمدة أصلا ، فهذا فاسد في الفقه الحنفي ، لكنه صحيح في القانون المدني الاردني. وهذا مستفاد من نص المادة ١٧٧ منه التي توقعت حدوث مثل هذا الامر. صحيح انها أجازت خيار الشرط ، ولكِنْ المدة التي يتفق عليها

العاقدان، «فان لم يتفقا على تحديد المدة جاز للقاضي تحديدها طبقا للعرف» أي أن المادة تصورت أن خيار الشرط قد يتم بدون مدة يتفق عليها أصلا، ومع ذلك لم تعترض عليه، لكنها اشترطت عند حدوثه أن يلجأ المتضرر و يطلب من القاضي «تحديدها طبقا للعرف»، وقطعا القاضي سيقبل منه هذا الطلب ويحدد له مدة طبقا للعرف السائد.

نصل بذلك الى نتيجة أن القانون المدني الاردني اعتبر العقد المتضمن خيار الشرط عقدا صحيحا نافذا حتى ولو كان هذا الخيار لمدة تزيد عن ثلاثة أيام أو لمدة مؤبدة أو لمدة مؤقتة مجهولة جهالة فاحشة، أو لمدة غير معروفة أصلا. مخالفا بذلك الفقه الحنفي الذي اعتبر مثل هذه الخيارات مفسدة للعقد.

رابعا: اشتراط البراءة من العيب.

يعتبر اشتراط البراءة من العيب في عقد البيع عند بعض فقهاء الحنفية جائزا، سواء تم البيع على أن يكون البائع بريء من كل عيب أو بأن يكون بريئاً من عيوب معينة (٩٨)، لكنه عند بعضهم الآخر يعتبر مفسدا للعقد (٩٩).

والذي يهمنا في هذا البحث الرأي الذي يقول بفساد العقد اذا تضمن شرط البراءة من العيب، وهل جارى القانون المدني الاردني هذا الرأي أم خرج عليه؟

في الحقيقة أن المادة ١٩٤ من القانون المدني الاردني والمنصوص عليها في خيار العيب من النظرية العامة للحقوق الشخصية قد أقرت صحة شرط البراءة من العيب بالقول «يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار (للمشترى) .... ان لا يكون البائع قد اشترط البراءة منه». فمعنى ذلك أن كل مشتري يود التمسك بخيار العيب قبل البائع، أن لا يكون البائع قد اشترط عليه عدم مسؤوليته عن العيب الموجود في المبيع، فدللت هذه المادة على أنه يمكن للبائع أن يشترط على المشتري عدم مسؤوليته أو براءته من أي عيب يوجد في المبيع، و يكون هذا الشرط صحيحا بشرط أن لا يكون البائع قد اشترط الشرط وهو يعلم

(٩٨) المرجع نفسه، ص ٣٠٨٠.
(٩٩) وهذا عند أبو يوسف من فقهاء الحنفية، انظر الكاساني، البدائع، ص ٣٠٨٠.

بالعيب ، وفي هذه الحالة لا يمكنه التمسك بالشرط ، و يكون مسؤولا عن العيب . وقد أكدت هذا الأمر المادة ٥١٤ من القانون المدني حين نصت على أن «لا يكون البائع مسؤولا عن العيب القديم في الحالات التالية ..... ٤ ــ اذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين» . أي أن هذه المادة أجازت الشرط الذي يشترطه البائع على المشتري بعدم مسؤوليته عن كل عيب يمكن أن يظهر في المبيع أو عن عيب معين على وجه التحديد واعتبرته صحيحا ، «الا اذا تعمد البائع اخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب» . ففي هذه الحالة ابطلت مفعول الشرط ، واعتبرته غير موجود ولا قيمة له مع بقاء العقد صحيحا .

و بهذا يمكن القول أن اشتراط البراءة من العيب في القانون المدني ، قد يتم في حالة العلم أو عدم العلم به ، ففي الحالة الاولى يكون المشترط سيء النية وأخفى بغش منه العيب فيكون الشرط باطلاً لا قيمة له و يكون البائع مسؤولا عن العيب الموجود . وفي الحالة الثانية يكون المشترط حسن النية لا يعلم بالعيب ، فيكون الشرط صحيحا ومعتد به ولا يكون البائع مسؤولا عن العيب الموجود .

وعليه يمكن القول أن اشتراط البراءة من العيب في القانون المدني ا ما أن يكون باطلا ، فيبطل الشرط و يبقى العقد صحيحا ، واما أن يكون صحيحا و يصح معه العقد .

و بذلك نصل الى نتيجة مفادها أن القانون المدني الاردني قد اعتبر شرط البراءة من العيب أما صحيحا قائما ، واما باطلاً لا قيمة له ولا وجود ، مخالفا بذلك الفقه الحنفي الذي اعتبر مثل هذا الشرط فاسدا .

خامسا :ــ اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما .

يعتبر الفقه الحنفي التصرف فاسدا اذا كان المبيع أو ثمنه محرما ، أو كان المبيع والثمن كلاهما محرما ، كالبيع بالميتة والدم ولحم الخنزير(١٠٠) .

ولكن هل أخذ المشرع الاردني بهذا الحكم أم أنه خرج عليه وأعطى للتعامل بالمحرم

---

(١٠٠) الميرغيناني ، الهداية ، ج ٣ ، ص ٤٢ ، وابن عابدين ، الحاشية ، ص ٦٠.



حكما آخر غير الحكم الذي تبناه الفقه الحنفي ؟

في الواقع أن القانون المدني الاردني صريح جدا في هذا الموضوع ، فقد اعتبر التعامل في شيء محرم باطلا ، فقد نصت المادة ١٦٣ منه على ما يلي :ـ « ١ ـ يشترط أن يكون المحل قابلا لحكم العقد. ٢ ـ فان منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفا للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا » .

فاذا جاء نص في القانون يحرم التعامل في شيء محدد فان التعامل به يكون باطلا قطعا ، فاذا جاء النص بالتحريم عاما وليس في شيء محدد ، كأن يقول النص «أو كان مخالفا للنظام العام أو للآداب » ـ يقصد الشيء ـ فيجب البحث فيما اذا كان هذا الشيء مخالفا للنظام العام لأي تشريع من تشريعات الدولة ، سواء تعلقت بنظم القانون العام أو الخاص ، أو مخالفا للآداب العامة للمجتمع ، فاذا وجد أنه كذلك ، فان التعامل به يكون باطلا .

فاذا طبقنا هذا الكلام على المسألة التي نعالجها ، فسنجد أنه في كل مرة يحظر المشرع التعامل في شيء ويحدده بالاسم ، فان التعامل به يكون باطلا ، اما اذا لم يحدده بالاسم ، فان أي تعامل في شيء يخالف النظام العام أو الآداب العامة ولو لم يكن منصوصا عليه بالاسم أو بنصوص خاصة ، فانه يكون باطلا أيضا .

وعليه فان التعامل بالمحرم يكون باطلا في القانون المدني ، سواء أكان الشيء محددا بالاسم أو كان غير محدد بالاسم اذا كان مخالفا للنظام أو الآداب ، ولا يكون فاسدا كما في التعامل بالمحرم في الفقه الحنفي (١٠١)، وبذلك يكون المشرع الاردني قد خرج عن مصدره الحنفي (١٠٢) في الاحكام المتعلقة بهذه المسألة أيضا .

(١٠١) أثر التعامل بالمحرم في الفقه الحنفي أنه فاسد ، وتنطبق عليه جميع أحكام العقد الفاسد منها عدم انتقال الملكية فيه الا بالقبض ، وعدم امكانية فسخه من البائع اذا تغير المبيع بيد المشتري تغيرا غير طبيعته .

(١٠٢) لا يعتبر الفاسد كالباطل في الفقه الحنفي ، لأن الفاسد مرحلة وسطى بين الصحيح والباطل ، والتفريق بين الفاسد والباطل عند فقهاء الحنفية لا يكون الا في المعاملات دون العبادات ، ولذلك لا تكون العبادات الا صحيحة أو باطلة ، والفاسد منها يكون في حكم الباطل ، اما المعاملات فعقودها قد تكون صحيحة أو فاسدة أو باطلة في الفقه الحنفي (السنهوري ، مصادر الحق ، جـ ٤ ، ص ١٥٠ . والزرقا ، مدخل ، جـ ٢ ، ص ٦٨٢ ، ٦٨٣ وهامش ١ ص ٦٨٣ . والامام محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، الناشر دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٧٦ ، ص ٣٦٩ ، وسيشار له فيما بعد هكذا : أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد.

سادساً: اشتراط صفات في المبيع يتلهى بها عادة.

وقد يكون فساد العقد بسبب اشتراط صفات في المبيع يتلهى بها عادة تلهيا محظورا ، فكان هذا شرطا محظورا يوجب فساد العقد ، كأن يشتري طيرا على أنه يجيء من مكان بعيد ، أو كبشا على أنه نطاح أو ديكا على أنه مقاتل. و يعتبر الفقه الحنفي الشرط الذي يشترطه المشتري بوجود صفات في المبيع يتلهى بها عادة تلهيا محظورا كالأمثلة السابقة من الشروط الفاسدة المفسدة للعقد(١٠٣).

والتساؤل الذي يثور هل الشرط الذي يشترطه المشتري على البائع و يطلب فيه توافر صفات في المبيع يتلهى بها عادة فاسد في القانون المدني كما هو فاسد في الفقه الحنفي أم هو غير ذلك ؟

في الحقيقة انني لم أجد نصا في القانون المدني يمنع من اشتراط مثل هذه الصفات في المبيع ، وبما أن الأصل في الأشياء الاباحة ، ما لم يقم دليل على تحريمها ، فان اشتراط مثل هذه الصفات يكون صحيحا وليس فاسدا ، هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية فان المادة ١/١٦٤ ، ٢ أجازت أن يقترن العقد بشرط جرى به العرف والعادة أو به نفع لأحد المتعاقدين ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب ، واشتراط صفات يتلهى بها عادة لم يحظرها المشرع ، فبقي أن نتساءل هل تخالف النظام العام والآداب أم لا ؟

في الواقع أن مسألة اشتراط صفات في المبيع يتلهى بها عادة كاشتراط صفة في الكبش انه نطاح أو في الديك أنه مقاتل أو في الطير أنه يجيء من مكان بعيد ــ برأيي ــ لا تخالف النظام العام أو الآداب ، فما هو وجه مخالفتها للنظام العام أو الآداب حتى نقضي ببطلانها ، واني لا أرى أي مجال لمخالفتها للنظام العام أو الآداب حتى نقول إنّها باطلة ، وعلى فرض أنها مخالفة للنظام العام أو الآداب وكانت باطلة بحسب نص المادة ١٦٤ فان القانون المدني يكون بذلك قد خرج عن أصله الحنفي في ذلك ، الذي اعتبرها فاسدة وليست باطلة. واذا قلنا إنها صحيحة لا تخالف النظام العام أو الآداب فان القانون المدني يكون بذلك قد خرج عن أصله الحنفي أيضا.

---

(١٠٣) الكاساني ، البدائع ، ص ٣٠٧٢. وأرغب أن أذكر أن شرط التلهي الموجود في المتن يتضمن غررا أيضا ، ولما كنا قد عالجنا موضوع الغرر في موضعه من البحث فسنتطرق هنا الى موضوع الفساد للتلهي فقط.

خلاصة القول إن اشتراط صفات في المبيع يتلهى بها عادة اما أن تكون صحيحة اذا لم تخالف نصا في التشريع أو النظام العام أو الآداب واما أن تكون باطلة ، اذا خالفت نصا آمرا أو النظام العام أو الآداب ، وهي في كلتا الحالتين ليست فاسدة كما جاء بالفقه الحنفي ، و بذلك يكون القانون المدني قد خالف الفقه الحنفي في هذه المسألة أيضا .

خلاصة البحث

١ ــ يمكن القول أن جهالة المعقود عليه أو المبيع أو محل التعاقد جهالة فاحشة تؤدي الى بطلان العقد في القانون المدني الاردني في الوقت الذي تؤدي الى فساد العقد في الفقه الحنفي .

٢ ــ يمكن القول أن جهالة الثمن في عقد البيع تؤدي الى بطلان العقد في القانون المدني ، بينما تؤدي الى فساد العقد في الفقه الحنفي .

٣ ــ تعتبر جهالة أجل الوفاء سببا من أسباب فساد البيع في الفقه الحنفي ، بينما لم يعتبرها القانون المدني كذلك .

٤ ــ ان جهالة التأمينات العينية والشخصية تؤدي الى فساد العقد في الفقه الحنفي ، بينما تؤدي في القانون المدني الى جعل العقد باطلا ، أو لا تؤثر عليه فيبقى صحيحا .

٥ ــ اعتبر الفقه الحنفي الغرر سببا من أسباب فساد العقد في حين اعتبره القانون المدني الاردني سببا من أسباب البطلان .

٦ ــ يعتبر الاكراه سببا من أسباب فساد العقد في الفقه الحنفي بينما اعتبره القانون المدني من أسباب عدم نفاذ العقد ، أي يجعل العقد موقوفا .

٧ ــ يعتبر الشرط الذي به نفع لأحد المتعاقدين صحيحا في القانون المدني ، فاسدا في الفقه الحنفي ، حتى لو كان الشرط لا يؤكد العقد أو يلائمه أو جرى به عرف أو عادة .

٨ ــ يعتبر شرط الأجل في المبيع اذا كان عينا مفسدا للعقد في الفقه الحنفي ، بينما يعتبر القانون المدني مثل هذا الشرط صحيحا .

٩ ــ يعتبر شرط الأجل في الثمن اذا كان عينا مفسدا للعقد في الفقه الحنفي ، بينما يعتبر صحيحا في القانون المدني مثل هذا الشرط .

١٠ ــ اعتبر القانون المدني اشتراط تسليم الثمن العين في بلد آخر في عقد البيع صحيحا ، بينما اعتبره الفقه الحنفي فاسدا.

١١ ــ صحح القانون المدني ، البيع نقدا و بالتقسيط على خلاف الفقه الحنفي الذي جعل البيع المقسط فاسدا اذا كان به زيادة عن الثمن نقدا.

١٢ ــ اذا تضمن عقد البيع خيار تعيين للمشتري وقد لزمه أحد الأشياء المعينة وافترق البائع والمشتري قبل الخيار ، فان ذلك يكون صحيحا في القانون المدني ، في الوقت الذي يكون فاسدا في الفقه الحنفي.

١٣ ــ أجاز المشرع الاردني البيع الذي يتضمن بيعا آخر بثمن معجل أو مؤجل في الوقت الذي تكون فيه مثل هذه العقود فاسدة في الفقه الحنفي.

١٤ ــ يعتبر البيع والسلف فاسداً في الفقه الحنفي صحيح في القانون المدني.

١٥ ــ اعتبر القانون المدني الاردني العقد المتضمن خيار الشرط عقدا صحيحا نافذا حتى ولو كان هذا الخيار لمدة تزيد عن ثلاثة أيام أو لمدة مؤبدة ، أو لمدة مؤقتة مجهولة جهالة فاحشة ، أو لمدة غير معروفة أصلا ، في الوقت الذي اعتبره الفقه الحنفي ــ اذا تضمن واحدا من هذه الخيارات ــ عقدا فاسدا.

١٦ ــ اعتبر القانون المدني شرط البراءة من العيب ــ بحسب الاحوال ــ إما صحيحا واما باطلا ، بينما اعتبره الفقه الحنفي ــ في كل الاحوال ــ شرطا فاسدا.

١٧ ــ يعتبر الفقه الحنفي التصرف فاسدا اذا كان المبيع أو ثمنه محرما ، أو كان المبيع والثمن كلاهما محرما ، بينما يعتبره القانون المدني باطلا.

١٨ ــ ان اشتراط صفات في المبيع يتلهى بها عادة في القانون المدني الاردني إما أن تكون صحيحة اذا لم تخالف نصا في التشريع أو النظام العام أو الآداب ، وإما أن تكون باطلة اذا خالفت نصا آمرا أو النظام العام أو الآداب ، ولكن اشتراط هذه الصفات في المبيع تجعل لعقد فاسدا في الفقه الحنفي.

نتائـــج واقتراحـــات

١ ــ تعتبر نظرية الفساد من صنع الفقه الحنفي ، وجعلوا لها أسباب ، فاذا وجد أحد هذه الأسباب ، صار العقد فاسدا ، وتبنى المشرع الاردني هذه النظرية دون أن يتبنى

الاسباب ، فجميع الاسباب التي تؤدي الى فساد العقد في الفقه الحنفي والتي وجدت النظرية من أجلها ، انقسمت في القانون المدني الاردني الى أنواع ثلاثة :ـ

النوع الأول : أسباب لا تؤثر في العقد فتبقيه صحيحا :

كالشرط الذي به نفع لأحد المتعاقدين ، وشرط الأجل في المبيع اذا كان عينا ، وشرط الأجل في الثمن اذا كان عينا ، وشرط تسليم الثمن العين في بلد آخر ، و بيعتين في بيعة ، وتضمن عقد البيع لخيار تعيين للمشتري وقد لزم المشتري أحد الأشياء المعينة وافترق البائع والمشتري قبل الخيار ، وكالبيع الذي يتضمن بيعا آخر بثمن مؤجل أو معجل . وكالبيع والسلف ، وكالعقد المتضمن خيار الشرط خلافا لثلاثة أيام . وشرط البراءة من العيب في بعض الحالات ، واشتراط صفات في المبيع يتلهى بها عادة في بعض الاحوال ، وجهالة التأمينات العينية أو الشخصية في بعض الاحوال .

النوع الثاني : أسباب تؤثر في العقد فتجعله باطلا :

كالغرر ، وجهالة المبيع ، وجهالة الثمن ، وجهالة التأمينات العينية أو الشخصية في بعض الاحوال ، وشرط البراءة من العيب في بعض الاحوال ، واشتراط صفات في المبيع يتلهى بها عادة في بعض الاحوال ، أو اذا كان المبيع أو ثمنه محرما .

النوع الثالث : أسباب تؤثر في العقد فتجعله موقوفا (غير نافذ) .

كالتصرف الذي يصدر تحت تأثير الاكراه .

٢ ـ بما أن أسباب الفساد أساس نظرية الفساد في الفقه الحنفي قد جعل المشرع الاردني قسما منها لا يؤثر في العقد فيبقى صحيحا ، والقسم الثاني يجعل العقد باطلا ، والقسم الثالث يؤدي الى جعل العقد موقوفا غير نافذ ، فانه يمكن للمشرع أن يستغني عن نظرية الفساد الموجودة في المادة ١٧٠ من القانون المدني الاردني . فجميع أسبابها أصبحت أسبابا في الصحة أو البطلان أو عدم النفاذ ، ولا يوجد أي سبب من أسبابها في القانون المدني يؤدي الى فساد العقد ، كما أنه لا يوجد لها أي تطبيق في نصوص

القانون المدني الاردني ، باستثناء نص المادة ١/٥٠٦ التي تنص على أنه «لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع و يفسد البيع بهذا الشرط» في الوقت الذي كان يجب أن يكون شرط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع شرطا باطلا مع بقاء العقد صحيحا ، بمعنى أن لا يعتد بالشرط فيعتبر لاغيا على أن يبقى العقد صحيحا مرتبا لجميع آثاره . لأن فساد العقد قد يستفيد منه من اشترط الشرط في الوقت الذي يجب أن نفوت عليه الفرصة فلا نجعله يستفيد من مخالفته للقانون ، وهذا ما يتحقق فيما لو جعلنا الشرط غير موجود مع بقاء العقد صحيحا .

٣ ــ تدعيما لاقتراحنا بأن يستغني المشرع عن نظرية العقد الفاسد في القانون المدني أقول : ان الفقه الحنفي أراد أن يبعد جملة من الاسباب عن أن تكون أسباباً لبطلان لعقد ــ خلافا للمذاهب الاخرى ــ بتمييزه بين أصل العقد ووصفه ، بأن جعل أي خلل يصيب الأصل ، كالاركان والشروط مبطلا للعقد ، وجعل أي خلل يلحق وصف العقد كالأسباب المذكورة مفسدا للعقد . و بذلك أضعف الا ثر الذي يترتب على هذه الاسباب تحت ستار العقد الفاسد ، وهذه أسباب لا تعتبر كالأصل أسبابا ثابتة ، بل هي أسباب متطورة ، تطورت فعلا ، وكانت عاملا هاما من عوامل تطور الفقه الاسلامي ، والاستغناء عنها أمر ممكن بعد أن أدت مهمتها بدقة ونجاح (*) .

٤ ــ ان العلة التي من أجلها أخذ الفقه الحنفي بالعقد الفاسد ــ وهو استبعاد بعض الشروط من أن تكون سببا في بطلان العقد لتجعله فقط في مرحلة بين الصحة والبطلان ــ قد انتفت لأن القانون المدني قد حسم الأمر وجعل هذه الاسباب مؤدية اما الى بطلان العقد أو الى صحته أو الى عدم نفاذه . واذا زالت العلة زال المعلول ، بمعنى اذا زالت علة ايجاد العقد الفاسد من القانون المدني فان المشرع لن يتحرج من الاستغناء عن العقد الفاسد كنوع من أنواع العقود في القانون المدني .

٥ ــ وتدعيما لاقتراحنا أيضا أقول : ان المذهب الحنفي قد قيّد كثيرا من مجال العقد الفاسد ، فالتصرفات الفعلية والتصرفات القولية كالطلاق والوقف والابراء والاقرار والزواج والوكالة والوصاية والتحكيم والايداع والاعارة وغيرها تخرج من مجال

(*) انظر قريب من هذا المعنى ، السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٢٧٢ .



الـفـساد ، ففيها مرتبتا صحة و بطلان فقط (**) و بذلك لا يبقى مجالا للعقد الفاسد في التـطبيق عندهم الا القليل من العقود، بل ان مجال تطبيقه في القانون المدني مجال واحد فقط هو نص المادة ١/٥٠٦ وهذا يسهل على المشرع الاستغناء عن هذا النوع من العقود.

خاتمـة البحـث

انقـسم هـذا البـحث الى تمهيد وتقديم بينا فيه بشكل موجز ما يمكن أن يعترض صحة العقود من أسباب تؤدي الى بطلانها أو انعدامها والفارق بين الانعدام والبطلان ، ثم تطرقنا لنظرية البطلان بشكل عام في الفقه الاسلامي والفقه الغربي ، ودرجات هذا البطلان ، ثم تطرقنا الى السبب الذي جعل الفقه الحنفي يبتكر نظرية الفساد ، ثم قارنا بين العقد الموقوف والباطل نسبيا في الفقه الغربي.

بـعـد ذلـك انقسم البحث الى فصل أول تكلمنا فيه عن الأسباب العامة لفساد العقد في الـفـقـه الحـنـفـي ومدى أخذ القانون المدني الاردني بها ، ففي الجهالة الفاحشة وهي السبب العام الأول لفساد العقد في الفقه الحنفي وجدنا أن المشرع الاردني قد اعتبرها سببا لبطلان العـقـد وليس فساده ، ووجدنا أنه اعتبر الغرر وهو السبب الثاني سببا لبطلان العقد وليس فساده ، ووجدنا أنه اعتبر الاكراه وهو السبب الثالث سببا لعدم نفاذ العقد وليس فساده.

بـعـد ذلك انقسم البحث الى فصل ثان تحدثنا فيه عن الأسباب الخاصة لفساد العقد في الـفـقـه الحـنـفـي ومدى أخذ القانون المدني الاردني بها ، ففي السبب الخاص الأول لفساد العـقـد في الـفقه الحنفي وهو اقتران العقد بشرط فاسد ، وجدنا أن الشروط الفاسدة المفسدة للعـقـد في الـفـقـه الحـنـفـي لا تعتبر كذلك في القانون المدني ، فقد أجاز المشرع اقتران العقد بـشـرط واعـتـبـر مـثـل هذا الشرط صحيحا ، في الوقت الذي يعتبر مثل هذا الشرط في الفقه الحـنـفـي فاسدا مفسدا للعقد . وفي السبب الثاني وجدنا أن المشرع الاردني قد أجاز وصحح العقد المتضمن بيعتين في بيعة والبيع مع السلف وصفقتين في صفقة ، مع أن مثل هذه العقود فـاسـدة في الـفـقـه الحـنـفـي ، وفي الـسـبب الثالث وجدنا أن المشرع الاردني قد اعتبر العقد

(**) في هذا المعنى السنهوري، مصادر الحق، ج ٣، ص ١٣٠ ، والزرقا ، مدخل، ج ٢ ، ص ٦٨٢ ، ٦٨٣.

المتضمن خيار الشرط عقدا صحيحا نافذا ، حتى ولو كان هذا الخيار لمدة تزيد عن ثلاثة الأيام أو لمدة مؤبدة أو لمدة مؤقتة مجهولة جهالة فاحشة ، أو لمدة غير معروفة أصلا ، مخالفا بذلك الفقه الحنفي الذي اعتبر مثل هذه الخيارات مفسدة للعقد ، وفي السبب الرابع وجدنا أن المشرع الاردني قد اعتبر شرط البراءة من العيب صحيحا في حالات و باطلا في حالات أخرى ، وهو في كل الحالات فاسدا كما عليه الفقه الحنفي. وفي السبب الخامس وجدنا أن المشرع الاردني قد اعتبر العقد باطلا اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما بينما اعتبره الفقه الحنفي فاسدا. وفي السبب السادس وجدنا أن المشرع الاردني قد أجاز وصحح العقد الذي يشترط فيه وجود صفات في المبيع يتلهى بها عادة اذا لم تخالف نصا في التشريع أو النظام العام أو الآداب ، لكنه أبطله اذا كانت هذه الصفات تخالف نصوص التشريع أو النظام العام أو الآداب ، وهو في كلا الحالين جعله باطلا أو صحيحا على خلاف الفقه الحنفي الذي اعتبره فاسدا.

وبعد الفصل الثاني لخصنا خلاصة البحث ، ثم أظهرنا نتائجه واقتراحاتنا على ضوء تلك النتائج ، حيث أظهرت النتائج ، ان المشرع الاردني لم يأخذ بأي سبب من أسباب فساد العقد في الفقه الحنفي سببا للفساد فيه ، فقسم من تلك الأسباب جعلها لا تؤثر في العقد فتبقيه صحيحا ، وقسم منها تؤثر به فتجعله باطلا ، وواحد منها يؤثر في العقد فيجعله موقوفا غير نافذ ، أي أن المشرع الاردني لم يأخذ بأي سبب من أسباب الفساد التي قال بها الفقه الحنفي سببا للفساد فيه ، كما أنه لم يأخذ بأي تطبيق للعقد الفاسد في القانون المدني الا بتطبيق واحد هو نص المادة ١/٥٠٦ الذي يتعلق بفساد اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ، ورأينا أن هذا الشرط يجب أن يكون باطلا لا فاسدا مع بقاء عقد البيع صحيحا. ولهذا كله فقد اقترحنا على المشرع الاردني اما أن يستغني عن العقد الفاسد كنوع من أنواع العقود ـــ لأن أسباب الفساد في الفقه الحنفي ليست ثابتة وانما متطورة ، تطورت فعلا ، وكانت عاملا هاما من عوامل تطور الفقه الاسلامي ، والاستغناء عنها وعن العقد الفاسد أمر ممكن بعد أن أديا مهمتيهما بنجاح ـــ واما أن يتبنى بعض الأسباب التي تفسد العقد في الفقه الحنفي ويجعلها أسباباً للفساد فيه ، أو على الأقل أن يأخذ بالعديد من التطبيقات للعقد الفاسد في القانون المدني اضافة لنص المادة ١/٥٠٦ التي تعتبر التطبيق الوحيد له.